

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

THAIS SAMPAIO DA SILVA

**A RESPOSTA CORRETA: AS DECISÕES JUDICIAIS E O CASO DO DIREITO À
ASSISTÊNCIA SOCIAL**

**CURITIBA
2014**

THAIS SAMPAIO DA SILVA

**A RESPOSTA CORRETA: AS DECISÕES JUDICIAIS E O CASO DO DIREITO À
ASSISTÊNCIA SOCIAL**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial de avaliação à obtenção do título de Mestre em Direito do Estado.

Orientador(a): Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri.

**CURITIBA
2014**

TERMO DE APROVAÇÃO

THAIS SAMPAIO DA SILVA

A RESPOSTA CORRETA: AS DECISÕES JUDICIAIS E O CASO DO DIREITO À
ASSISTÊNCIA SOCIAL

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre em
Direito do Estado, Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal
do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador(a): Prof. Dra. Vera Karam de Chueiri
(UFPR)

Prof. Dr. Luiz Guilherme Marinoni
(UFPR)

Prof. Dr. Álvaro Ricardo de Souza Cruz
(PUC/MG)

Curitiba, 27 de fevereiro de 2014

À memória de minha querida avó, Rita Augusta de Sampaio, pelo exemplo de
caridade e ternura.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo nosso reencontro durante a "travessia" que o tempo em que trabalhei neste projeto representou em minha vida.

Agradeço à minha família – meus pais, Hebenazer e Glória, e meus irmãos, Daniel e Mateus, minha cunhada e amiga, Larissa, e minha amiga e cunhada, Vanessa – por, mesmo sem nem sempre saber muito bem do que se trata, serem sempre a minha indispensável família. Ao meu afilhado, Davi, e meu sobrinho, Tiago, agradeço por serem a parte mais doce e divertida da minha vida.

Agradeço aos meus amigos – minha segunda família – que não deixam que eu me leve tão a sério. Aqui, perdoem-me os demais, mas três agradecimentos são especiais, ao Fernando Acunha e ao Gabriel Godoy, meus amigos na graduação e passados nove anos e mesmo lá de Brasília (e seja onde estivermos), ainda e cada dia mais amigos, representando um modelo de solidez teórica e profissional, nunca deixando de me incentivar a retornar ao debate acadêmico. E ao Miguel Godoy, a quem tanto perturbei com minhas dúvidas (teóricas e burocráticas), meus pedidos de referências e que sempre foi cuidadoso e gentil (e muito paciente), sem a sua ajuda eu não teria sequer ingressado no programa. Aos três, a minha admiração por serem efetivamente engajados na busca de um mundo melhor.

À Corregedoria do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, especialmente na pessoa do juiz auxiliar na gestão 2011/2013, Nivaldo Brunoni, que sempre incentivou e diminuiu a minha culpa na tarefa de conciliar a dedicação acadêmica ao meu trabalho como juíza, compreendendo que um pode melhorar o outro.

Agradeço ao juiz federal José Antônio Savaris, que, quando eu ainda sonhava com a magistratura, me mostrou a riqueza e o potencial emancipatório do direito à Seguridade Social.

Aos servidores da 8ª Vara Federal de Curitiba e aos juízes com quem trabalhei neste período, Leonardo Castanho Mendes e Bianca Georgia Arenhart Munhoz da Cunha, agradeço por tornarem essa tarefa bem mais fácil. Agradeço também à servidora Ester Rosário de Godoy, da biblioteca da Seção Judiciária do Paraná, pela ajuda com os livros.

Agradeço aos meus colegas da Pós-Graduação em Direito da UFPR, com quem tive o prazer de conversar, discutir e, sobretudo, aprender. Agradeço, em especial, aos amigos do Núcleo Constitucionalismo e Democracia, pela discussão sofisticada e perspicaz e que muito contribuíram para enriquecer este trabalho. Agradeço, ainda, a Estefânia Maria de Queiroz Barboza, com quem comungo, além de vários amigos, várias preocupações teóricas, e que, generosa, compartilhou boa parte da bibliografia aqui referenciada.

Aos professores da Faculdade de Direito da UFPR, responsáveis por minha formação teórica e por quem nutro uma reverencial admiração, agradeço não apenas por este trabalho, mas pelas boas coisas que aprendi desde que, no ano de 2000, conheci o prédio da Santos Andrade, ao qual me acostumei a chamar de

"casa". Agradeço especialmente ao professor Ricardo Marcelo Fonseca, meu orientador na graduação e que, sempre paciente com a minha total imaturidade teórica inicial, ajudou a construir as minhas bases, sempre me motivando, quando eu me distanciei, a retornar à Academia, mesmo que seguindo novos rumos.

Agradeço ao professor Luiz Guilherme Marinoni (e aos meus professores na graduação, Sérgio Cruz Arenhart e Elton Venturi, responsáveis por eu colocar sempre uma pitada de processo em meus estudos), por ter me ajudado a construir o diálogo entre a teoria e a prática deste trabalho, fornecendo bibliografia e, o que lhe é mais caro, tempo (de qualidade) para conversar.

Agradeço, enfim, a minha orientadora, professora Vera Karam de Chueiri, a quem tive o prazer de conhecer após a minha graduação e que acolheu o meu projeto, sabendo sempre equilibrar a sua crítica com o incentivo à minha liberdade teórica. A ela, minha admiração e respeito maior, pela sua dedicação incansável ao Direito e ao ensino do Direito.

Por fim, agradeço ao meu companheiro amado, Juliano Machado, por ter me ajudado a realizar o sonho de escrever este trabalho em imersão cultural em Paris, por ter insistido em que eu o escrevesse na linda biblioteca Sainte-Genève e, sendo engenheiro, ter ouvido com tanto cuidado de que se tratava a minha pesquisa numa bela praia, num belo dia, na Córsega. Enfim, por ter transformado o que costuma ser árduo, numa experiência leve, única e inesquecível. Nessa "travessia" de que falei, agradeço-lhe por ter sido trazido por Deus, com um pequeno-grande empurrão dos amigos, Fabrício e Chris, e completado a minha vida, transformando o meu projeto num projeto novo e nosso.

Enfim, ainda que neste espaço reduzido (de espaço e de público), agradeço às pessoas que encontrei e as que levei comigo (ou que me levaram consigo) nessa travessia.

“Sempre sei, realmente. Só o que eu quis, todo o tempo, o que eu pelejei para achar, era uma só coisa – a inteira – cujo significado e vislumbrado dela eu vejo que sempre tive. A que era: que existe uma receita, a norma dum caminho certo, estreito, de cada uma pessoa viver – e essa pauta cada um tem – mas a gente mesmo, no comum, não sabe encontrar; como é que, sozinho, por si, alguém ia poder encontrar e saber? Mas, esse norteado, tem. Tem que ter. Se não, a vida de todos ficava sendo sempre o confuso dessa doideira que é. E que: para cada dia, e cada hora, só uma ação possível da gente é que consegue ser a certa. Aquilo está no encoberto; mas, fora dessa consequência, tudo o que eu fizer, ou deixar de fazer, fica sendo falso, e é o errado.”

(Guimarães Rosa, Grande Sertão: Veredas)

RESUMO

A concretização do direito ao benefício assistencial, assim como de outros direitos, especialmente os sociais, tensiona a realidade e a norma positiva, revelando uma crise no sistema de fontes e inúmeras questões interpretativas. O sujeito de direito não é uma abstração, mas é real e tem nome e rosto, demandando a densificação dessa relação jurídica por meio das decisões judiciais. A teoria de Dworkin serve justamente a sustentar a necessidade dessa conformação a partir do trabalho do intérprete, a partir das decisões judiciais. Seus temas fundamentais – a tese da resposta correta, o direito como integridade, a hipótese estética, o romance em cadeia e a eticidade reflexiva – fundam um pressuposto ético para a tarefa crítica do intérprete. Na prática, sua teoria exige a construção também de uma teoria de precedentes judiciais, elo entre a norma abstrata e a decisão judicial, em que o cuidado do intérprete, comprometido com o passado, mas, de forma coerente, voltado para o futuro, busca a resposta correta. O direito à assistência social serve de emblema à emergência desse diálogo entre as fontes, principalmente por sua especial ligação com o princípio da dignidade humana e o direito à igualdade, e por ter inúmeras questões diariamente enfrentadas pelos juízes e Tribunais.

Palavras-chave: decisões judiciais; direito à assistência social; Ronald Dworkin; teoria dos precedentes judiciais.

ABSTRACT

The realization of the right to assistance benefit, as well as other rights, especially social rights, tense reality and positive norm, revealing a crisis in the source system and some interpretative questions. The subject of law is not an abstraction. It's real and it has name and face, requiring densification of this legal relation by judgments. Dworkin's theory serves precisely to support the need of this conformation from the work of the interpreter, from court decisions. Its key themes – the thesis of the correct answer, the law as integrity, the aesthetic hypothesis, the novel chain and reflective ethics – found an ethical ground for the interpreter critical task. In practice, his theory also requires the construction of a theory of judicial precedents, the link between abstract norm and judicial decision, in which the interpreter care, committed to the past, but, with coherence, looking to the future, seeks the correct answer. The right to social assistance serves as an emblem for the emergence of this dialogue between sources, mainly because of its special connection with the principle of human dignity and the right to equality, and it has numerous daily issues faced by judges and courts.

Keywords: court decisions; right to social assistance; Ronald Dworkin; theory of judicial precedents.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
1.1	O OCASO DA ABSTRAÇÃO	12
1.1.1	Crise de fontes. A aproximação da <i>Civil law</i> e da <i>Common law</i>	12
1.1.2	A Tensão Latente entre Direito e Poder e o (precário) Protagonismo do Judiciário.....	16
1.1.3	A Tensão entre Norma e Realidade. A Faticidade Ética.....	21
2	REFERENCIAL TEÓRICO. DWORKIN.....	27
2.1	A TESE DA RESPOSTA CORRETA	27
2.2	DIREITO COMO INTEGRIDADE E FATICIDADE	31
2.3	A HIPÓTESE ESTÉTICA E A VERDADE INTERPRETATIVA	34
2.4	O ROMANCE EM CADEIA: TEMPORALIDADE E COERÊNCIA.....	37
2.5	HÉRCULES. ÉTICA E RESPONSABILIDADE	43
3	TEORIA DOS PRECEDENTES (FIT).....	56
3.1	O PAPEL DOS PRECEDENTES NO DIREITO COMO INTEGRIDADE.....	56
3.2	AFINAL, O QUE É UM PRECEDENTE?	67
3.2.1	Força Gravitacional do Precedente	67
3.2.2.	<i>Ratio decidendi</i> e <i>Obiter Dicta</i>	74
3.3	REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES	83
3.4	CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O SINCRETISMO BRASILEIRO.	93
3.5	A COISA JULGADA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE	96
4	DIREITOS FUNDAMENTAIS (JUSTIFICATION).....	102
4.1	A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	102
4.2	CRISE DO ESTADO SOCIAL.....	105
4.3	OS DIREITOS SOCIAIS E O PODER JUDICIÁRIO	110
4.4	CONTEÚDO DOS DIREITOS SOCIAIS	117
4.4.1	Teoria da Igualdade.....	118
4.4.2	Dignidade da Pessoa Humana	121
4.4.3	Mínimo Existencial.....	128
4.5	OMISSÃO PARCIAL INCONSTITUCIONAL.....	132
5	DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL	137
5.1	A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO TEXTO NORMATIVO	137
5.2	AS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL.....	152
5.3	ESCREVENDO OS CAPÍTULOS DE UM ROMANCE: A DECISÃO EM CONTROLE CONCENTRADO (ADI 1232) E A SUA REVOGAÇÃO POR MEIO DO CONTROLE DIFUSO (RECLAMAÇÃO N.º 4.374, RE N.º 567.985 E RE N.º 580.963).....	170
6	CONCLUSÃO.....	194
	REFERÊNCIAS.....	197

1 INTRODUÇÃO

Previsto expressamente no texto constitucional (art. 6º e art. 203), a concretização do direito à assistência social – e o seu corolário, o direito ao benefício assistencial, ou benefício de prestação continuada (BPC) – revela, diante da contingência real, inúmeras questões interpretativas, implicando a necessidade do levantamento crítico da postura do intérprete a partir da análise dos precedentes judiciais.

O caso do benefício assistencial trata-se, aqui, na verdade, apenas de um exemplo da tensão entre a realidade e a norma positiva, a confirmar que o excesso de legalidade não é a melhor solução para conformar a norma jurídica.

A eleição desse objeto, o direito à assistência social, de todo modo, não se deve ao acaso. Trata-se de um objeto privilegiado para analisar temas tão caros ao direito constitucional contemporâneo, como a teoria da decisão e, especificamente, a teoria da decisão dos direitos sociais e sua "relativa" novidade histórica.

Passados vinte e cinco anos de renovação democrática, não se quer mais festejar, em abstrato, a teoria da efetividade dos direitos fundamentais, sendo necessário investigar como esta efetividade apresenta-se em concreto, para o sujeito de direito que tem nome e rosto, que tem família e problemas de saúde, problemas financeiros etc. Um sujeito que demanda do Estado uma prestação que a Constituição previu em abstrato, mas que carece de conformação.

Mas que relação jurídica é essa? A lei procurou definir isso, porém, deixou à margem situações potencialmente acobertadas pela Constituição. Eis, então, o espaço das decisões judiciais. O vácuo entre o direito constitucional à assistência, a abstração da norma e a complexidade da realidade.

A teoria de Dworkin serve justamente a sustentar a necessidade dessa conformação a partir do trabalho do intérprete, a partir das decisões judiciais. No capítulo II, desenvolve-se justamente essa teoria e seus temas fundamentais: a teoria da resposta correta, o direito como integridade, a hipótese estética, o romance em cadeia e a eticidade reflexiva.

Sua teoria leva, na prática, à teoria dos precedentes, elo concreto entre a norma abstrata e a decisão judicial. Trata-se de pensar, no capítulo III, a necessidade e a viabilidade de construção de uma teoria de precedentes no Brasil. Essa teoria serve, assim, como amálgama entre a teoria da Constituição e a teoria

da decisão, mas uma teoria da decisão que, a partir de Dworkin, pretenda-se coerente, tal qual um romance em cadeia, comprometida eticamente com o passado e voltada para o futuro, na busca incessante pela resposta correta. Embora ele não proponha um método para encontrá-la, sua teoria pode ser utilizada como método de abordagem científica (estudo do precedentes) e como proposta ética.

A Constituição, por seu maior número de conceitos indeterminados e regras abertas, demanda um papel mais ativo do intérprete e, conseqüentemente, a necessidade de respeito aos precedentes. Ainda que não sejam obrigatórios, eles devem ser observados, mesmo que para serem ultrapassados. A doutrina da *common law* ensina a trabalhá-los como ferramentas. E, mais do que isso, como fontes legítimas e concretas de direito.

O método aqui eleito é deliberadamente diferente. Trata-se, afinal, de um tema diferente. A análise de decisões judiciais ainda é incipiente na academia e na prática jurídica, fortemente inspiradas na tradição da *civil law*. Entende-se, no entanto, que o diálogo doutrina, jurisprudência e lei é inevitável.

Um diálogo interdisciplinar também é inevitável, de modo que o tema transita entre filosofia, teoria do direito, teoria da Constituição, direito processual e direitos fundamentais. É que o direito transita. Tudo está intrinsecamente ligado, afinal, a realidade não é compartimentada. Concerne, então, do mais humilde dos cidadãos (ou não cidadãos) à mais alta Corte do país. A decisão judicial proporciona esse liame. Cabe à academia teorizar esse fenômeno.

O caso da assistência é emblemático por conferir densidade ao direito. Ao direito primeiro, à necessidade primeira. No capítulo IV, são estabelecidas as balizas teóricas desse direito, como direito fundamental e sua importância na concretização da dignidade humana e da igualdade, para, no capítulo V, estabelecer as suas bases jurisprudenciais, contando a sua história e para que esta continue a ser contada de forma comprometida e coerente.

Não se trata, portanto, de um trabalho sobre Dworkin, de um trabalho sobre precedentes ou mesmo de um trabalho sobre o direito fundamental à assistência social. Trata-se de um trabalho sobre um diálogo inadiável: um fundamenta o outro, ajudam a melhorar a sua compreensão ou mesmo redimensioná-la.

Trata-se, enfim, de fazer perguntas e permitir respostas: Como, afinal, a doutrina dos precedentes ajuda a aplicar a teoria de Dworkin? Como esta pode auxiliar a concretização do direito à assistência social? Qual é o papel deste direito

na sociedade? Como o Judiciário assumiu esse papel? Como Dworkin ajuda a incrementá-los: o Judiciário e o direito à assistência social (e outros tantos que não serão aqui tratados)? Como a doutrina dos precedentes ajuda(ou) a incrementá-los? Enfim, é disso que se pretende tratar.

Antes, porém, de enfrentar diretamente a questão, no item seguinte (ainda introdutório), busca-se justificar mais elaboradamente a emergência desse tema – as decisões judiciais como fonte de direito –, enfrentando a crise de fontes, a discussão do papel do Judiciário e o pressuposto ético de sua tarefa. Trata-se de questionar-se, primeiro, por que o tema é relevante e premente.

1.1 O OCASO DA ABSTRAÇÃO

1.1.1 Crise de fontes. A aproximação da *Civil law* e da *Common law*.

O discurso da modernidade e a crença na autonomia do indivíduo e na força emancipatória da razão legaram ao direito moderno os modelos abstratos e gerais.

Paolo Grossi destaca que a Idade Moderna é marcada pela presença do Estado e a assunção de um novo instrumento de produção jurídica. O príncipe, que antes se identificava sobretudo nas funções judiciais, "se torna sempre mais legislador; conseqüentemente, o direito se torna sempre mais legislativo"¹.

Isso é bem evidente, segundo ele, na França, do século XIV até a codificação napoleônica, no início do século XIX, de forma que o pluralismo de fontes dá lugar ao monismo e ao primado da lei, colocando todas as outras fontes em degraus inferiores. A lei é mitificada como expressão da vontade geral e pretensamente imutável². Assim,

[...] ciência jurídica e laboriosidade dos juízes são expulsas do processo criativo do direito, reduzidas a um papel ancilar do legislador, enquanto a sua interpretação – velho motor propulsivo da experiência medieval – é contraída e minimizada ao não papel de exegese, isto é, de repetição banal e servil da vontade que o legislador revelou e encerrou na lei.³

¹ GROSSI, Paolo. **Primeira lição sobre Direito**. Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: 2005, p. 49

² *Ibid.*, p. 50-51.

³ *Ibid.*, p. 49.

E, "em nome dessa objetividade da justiça, não se admite um poder do juiz, exceto na medida em que este confirmava o sistema social dominante."⁴

Paolo Grossi afirma que, em verdade, deve-se atribuir a cifra estatista e legalista aos Estados influenciados pela Revolução Francesa, basicamente a Europa continental e suas colônias, agrupados sob o sintagma da *civil law*.

É que, entre os sistemas jurídicos do mundo ocidental, dois se apresentam com alto grau de importância, o sistema da "*civil law*", ou, segundo a clássica lição de René David⁵, sistema continental ou de família romano-germânica, e o da "*common law*", que compreende, entre outros, o Direito Inglês e dos Estados Unidos da América.

O sistema da *civil law* caracteriza-se por uma estreita ligação ao período de domínio romano no continente europeu, e sua expansão pelo mundo, principalmente pela influência natural da colonização, mas também pela forte atração que a codificação – característica do sistema –, como técnica jurídica, traz aos demais ordenamentos jurídicos, embora esta característica pareça estar em vias de solução com o envelhecimento dos códigos e um reconhecimento da doutrina e da jurisprudência na formação do direito⁶.

Como estrutura comum, destaca René David, a própria noção de regra de direito, que não é entendida como uma regra apta a assegurar a solução de um caso concreto, mas como uma regra de conduta, dotada de generalidade⁷.

O juiz, até pela própria generalidade da lei, tem uma ampla liberdade, desde que não se desvie da lei, ao apreciar os fatos e aplicá-la, não sendo obrigado a seguir o modo de ver de seus predecessores⁸. As "regras de direito" estabelecidas pela jurisprudência, não têm, assim, "a mesma autoridade que as formuladas pelo legislador. São regras frágeis, suscetíveis de serem rejeitadas ou modificadas a todo o tempo, no momento do exame duma nova espécie"⁹.

⁴ MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 3ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005, p. 216.

⁵ DAVID, René. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo**. [trad. Hermínio A. Carvalho]. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

⁶ *Ibid.*, p. 51-57.

⁷ *Ibid.*, p. 70-79.

⁸ *Ibid.*, p. 102.

⁹ *Ibid.*, p. 120.

Uma abordagem diferente é feita quando se fala em *common law*, na qual, no fundo, "bate um coração medieval. O seu traço mais peculiar é, de fato, que o direito seja coisa de juristas"¹⁰.

Nem por isso, no entanto, o direito é "descontrolado", mas estável, objetivo, especialmente porque normalmente os casos que chegam a Suprema Corte contam com um alto nível de consenso na sociedade e na judicatura¹¹.

René David distingue o direito inglês e o direito norte-americano, mas ambos são essencialmente jurisprudenciais (*case law*) e suas regras são fundamentalmente, as regras que se encontram na *ratio decidendi* das decisões tomadas pelos Tribunais Superiores¹².

Enquanto os direitos da família romano-germânica constituem um "sistema fechado", em que todas as questões podem ser resolvidas pela interpretação de um regra existente; o Direito inglês pauta-se em um sistema aberto¹³.

Nos Estados Unidos, até pela aversão à cultura inglesa, a maioria dos colonos era favorável a uma legislação escrita, não sendo esta tão estranha como se pode imaginar, bastando considerar a importância da Constituição americana. Não deixa, no entanto, de ser um direito jurisprudencial, pois as regras emanadas pelo Poder Legislativo, por mais comuns que sejam, não são vistas como regras de direito, exceto quando o Judiciário interpreta-as e as aplica.¹⁴

Feita essa distinção e voltando à *civil law*, Paolo Grossi afirma que a abstração e a generalidade da lei permitem, como resultado positivo, a coerência racional, mas, por outro lado, contêm em si o risco de ser

¹⁰ GROSSI, 2005, p. 54-55.

¹¹ POSNER, Richard A. El rol del juez en el siglo XXI. **Justicia & Democracia. Revista de La Academia de La Magistratura**. Lima, Peru. N.º 10/2011, p. 301-323, p. 309.

¹² DAVID, 1986, p. 324.

¹³ *Ibid.*, p. 326.

¹⁴ *Ibid.*, p. 367.

[...] a vulgar 'folha de figo' que oculta as misérias e as vergonhas com as quais, inevitavelmente, é tecida a história cotidiana de um povo; misérias e vergonhas que continuam a subsistir, não obstante o exorcismo representado pelos edifícios geométricos construídos sobre as fundações de um indivíduo abstrato e de um sujeito estatal igualmente abstrato por ser desejado e pensado intacto em relação às contaminações da historicidade factual¹⁵.

Assim, o projeto moderno revelou também um processo de exclusão. Esse efeito perverso da generalidade da lei conduziu a uma crise no próprio sistema de fontes¹⁶. Uma crise que, para Paolo Grossi, no século XX, abalou as bases da modernidade estabelecendo um itinerário progressivo: "*sempre mais sociedade, sempre menos Estado*"¹⁷. Poder-se-ia dizer: sempre mais a complexidade do concreto, sempre menos a simplicidade da abstração. Essas novas bases reclamam "*elasticidade e factualidade*", ou seja, a "*carnalidade do direito*"¹⁸.

Para isso, o diálogo dos juristas com a filosofia hermenêutica tem possibilitado ao mundo da *civil law* uma consciência epistemológica nova:

[...] à velha dominação do texto e à velha passividade do intérprete se substitui a convicção de que o texto não é uma realidade auto-suficiente, mas sim incompleta e não acabada, que atingirá completude e plenitude somente graças a sua interpretação; a qual não se resolve somente numa operação cognoscitiva, mas é *compreensão*, no sentido de intermediação entre a mensagem do texto, alheio à história pela imobilização da escritura, e a atualidade do intérprete com o seu patrimônio de convicções adequadas à sua contemporaneidade¹⁹.

¹⁵ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. 2ed. [trad. Arno Dal Ri Junior]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007, p. 132-133. No mesmo sentido, Clèmerson Clève sustenta, a partir de Poulantzas, que a "unidade instaurada pela lei é, ao mesmo tempo, o fundamento e o resultado da instauração do universo das individualidades. Ela não apenas oculta os fracionamentos reais da sociedades, mas contribui, efetivamente, para instaurá-los." (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **O direito e o os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3ed. Belo Horizonte: Forum, 2011, p. 110).

¹⁶ GROSSI, Paolo. **A identidade do jurista, hoje (lectio doctoralis)**. Curitiba: UFPR, 2011, p. 27.

¹⁷ *Ibid.*, p. 32.

¹⁸ *Ibid.*, p. 38

¹⁹ GROSSI, 2005, p. 97-98.

A interpretação/aplicação, enfim, "ao tolher generalidade e abstração da disposição, submerge-a no concreto da história, faz dela história viva, faz dela direito."²⁰ Hoje, "a generalidade caracteriza apenas o texto e toda a norma jurídica é concreta"²¹.

Os juízes, especialmente os constitucionais, então, (re)encontram seu papel, um papel de "mediadores entre a mudança sócio/econômica/técnica e as normas engessadas na fixidez do papel"²².

Paolo Grossi destaca justamente o caráter principiológico das Constituições do século XX e, ao que importa aqui, a "crescente influência recíproca entre dois planetas, antes muitos separados, do '*civil law*' e do '*common law*'" como eventos especiais para essa alteração de protagonistas²³.

Essa alteração de protagonistas – do legislador ao juiz, da abstração da lei à concretude da decisão – não é um processo pacífico. A tensão entre direito e poder é sempre latente.

1.1.2 A Tensão Latente entre Direito e Poder e o (precário) Protagonismo do Judiciário

Tal como Paolo Grossi, Hespanha também observa esse movimento de abertura de opções de polos de criação ou concretização do direito, com especial destaque para a jurisprudência. Segundo ele, embora aparentemente paradoxal (tendo em vista a consolidação do Estado Democrático), esse papel decorre da própria estrutura do direito moderno – geral e abstrato – e da definição do Estado como um Estado de Direito, e não apenas Estado Democrático, agregando, assim, um elemento contramajoritário, que demanda a convocação de "técnicos" para dizer

²⁰ GROSSI, 2005, p. 99.

²¹ ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 202.

²² GROSSI, 2011, p. 42

²³ *Ibid.*, p. 44-45. Cf. também: REIMANN, Mathias. Droit positif et culture juridique: L'américanisation du droit européen par réception. In: **L'américanisation du droit**. Archives de philosophie du droit. Tome 45. Paris: Éditions Dalloz, 2001, p. 61-75.

o direito. Isso, somado à possibilidade de avaliação judicial da constitucionalidade, aproximou o Estado Democrático de Direito a um Estado de juízes²⁴.

Historicamente, a centralidade da magistratura passa pela identificação do "totalitarismo das leis" com as tragédias civilizatórias dos regimes totalitários do século XX²⁵. De todo modo, para Hespanha, não há mais primazia de fontes, estando os juízes hoje em um difícil equilíbrio entre a obediência à Constituição e o reconhecimento da estrutura pluralista do ordenamento jurídico: "Em contrapartida, en una estructura pluralista del orden jurídico, nos encontramos con una 'cordillera' normativa, llena de 'cumbres' diversas, sin que se pueda decir que una de ellas es la cumbre de todas las demás."²⁶

A concepção atual do Direito, repousa, segundo Hespanha (que a chama de pós-moderna), na ideia de que a função estabilizadora do Direito deriva de uma coordenação (ou superposição parcial) de diferentes sistemas normativos que se acomodam entre si por processos mútuos de irritação e reestruturação e não por relações de superioridade-dependência²⁷.

Pietro Costa, por sua vez, ao fazer a arqueologia do "Estado de Direito" e seu incessante objetivo de juridicização do poder – "contenção da incontrolável vontade do soberano" –, anota que o recurso ao juiz é proposta reiteradamente apresentada para realizar esse controle e, após o choque dos regimes totalitários, obrigou à reflexão sobre os limites da soberania, impulsionando em direção ao alto o processo de juridicização do poder iniciado no século XIX, estimulando a difusa realização do Estado de Direito constitucional, que torna jurisdicionalmente controlável a ação do legislador e parece dar uma segura tutela dos direitos fundamentais. Mas, ressalva, as exigências e tensões são sempre renovadas, de modo que

²⁴ HESPANHA, Antonio Manuel. ¿Habrán Vuelto Los Jueces al Centro del Derecho? **Justicia & Democracia. Revista de La Academia de La Magistratura**. Lima, Peru. N.º 10/2011, pp. 279-280.

²⁵ *Ibid.*, pp. 281.

²⁶ *Ibid.*, pp. 286.

²⁷ *Ibid.*, pp. 288.

Talvez seja possível reconhecer então, na sempre renovada tensão entre poder e direito, entre controles formais e vínculos substanciais, entre intervencionismo do soberano e espontaneidade da ordem, uma espécie de "excedência de sentido" do qual o Estado de Direito extrai a sua força de sugestão simbólica, irreduzível aos dispositivos de engenharia constitucional inventados de acordo com as circunstâncias, impregnada de expectativas dificilmente reconduzíveis às fronteiras da "pura razão"²⁸.

A história do constitucionalismo é, assim, também uma história de disputas, de conquistas e rupturas. A transformação constitucionalista atual é "diretamente identificada com a crescente afirmação das Cortes constitucionais e com seu efetivo funcionamento na proteção dos direitos"²⁹.

Segundo Ferrarese, trata-se atualmente de responder se o direito consiste principalmente por regras *ex ante* para orientar o comportamento, como propunha o normativismo europeu, ou principalmente por soluções e respostas para problemas e situações de conflito, como na tradição da *common law*: "O direito entendido como regra vista a partir do seu momento genético, ou seja, como produção de normas, como elemento essencial do direito; enquanto o direito entendido como justiça tende a encontrar apenas solução *a posteriori*."³⁰

A tensão entre poder e direito é constante e se renova ao longo da história, alterando os seus protagonistas. Atualmente, há – diz-se – um certo protagonismo

²⁸ COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp.196-198.

²⁹ "La svolta costituzionalista può anzi essere addirittura identificata con la crescente affermazione delle Corti costituzionali e con l'effettivo funzionamento di queste a presidio dei diritti." (trad. livre). (FERRARESE, Maria Rosaria. **Dal "verbo" legislativo a chi dice l'"ultima parola"**. In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, pp. 63). Ainda, desde "O federalista (78)", defendia Hamilton que a Interpretação das Leis é o espaço apropriados das Cortes, seja porque o legislador não pode ser juiz das suas próprias limitações, sendo a interpretação a função natural dos juizes, seja porque o Judiciário, não sendo portador nem da "espada", nem do "tesouro", é o ramo menos perigoso do poder para interpretar. (HAMILTON, Alexander *et. al.* **Os Federalistas (n. 78)**. 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 162-166)

³⁰ "Il diritto inteso come norma vedeva nel momento genetico, ossia nella produzione di norme, l'elemento essenziale del diritto. Il diritto inteso come giustizia tende a trovare il proprio assestamento a posteriori, in una *ratio* di giustizia, prevalentemente attraverso un circuito giudiziario." (trad. livre) (FERRARESE, *Op. cit.*, 2011 pp. 65-66).

do Judiciário³¹. Um protagonismo, no entanto, precário e provisório. O ajuste nunca é definitivo. A verdade também é precária e construída historicamente. Tal como a tensão entre poder e direito. As formas de construção da verdade também mudam de acordo com essa tensão³². Qualquer resposta é contingente.

Além de criticar o ajuste atual entre poder, direito e verdade, convém estudá-lo e entender em que consiste, entender o papel dos juízes e o papel dos precedentes como fontes de direito e sua função na sempre reconstruída organização do poder.

Há, claro, séria desconfiança em relação à delegação da autoridade interpretativa ao Judiciário. A discussão acerca da legitimidade – a tensão entre democracia e constitucionalismo – é alheia a esse trabalho, mas convém algumas considerações.

O controle de constitucionalidade das leis deve ser, para Carlos Santiago Nino, uma prática excepcional, destacando a superioridade do processo democrático. Para ele, o controle de constitucionalidade das leis deve garantir o próprio processo democrático; preservar a moral privada (autonomia individual)

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 367-368: "Há causas de naturezas diversas para o fenômeno [judicialização]. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, tanto na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. (...) No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas." Mas distingue: "A judicialização, como demonstrado acima, é um fato, uma circunstância do desenho institucional brasileiro. Já o ativismo é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. (...) O oposto do ativismo é a *autocontenção judicial*..." (*Ibid.*, p. 372)

³² Sobre a intrínseca conexão entre "regras de direito, mecanismos de poder e efeitos de verdade", cf. FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 28-29: "[...] temos de dizer a verdade, somos coagidos, somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la. O poder não pára de questionar, de nos questionar; não pára de inquirir, de registrar; ele institucionaliza a busca da verdade, ele a profissionaliza, ele a recompensa. Temos de produzir a verdade como, afinal de contas, temos de produzir riquezas, e temos de produzir a verdade para produzir riquezas. E, de outro lado, somos igualmente submetidos à verdade, no sentido de que a verdade é a norma; é o discurso verdadeiro que, ao menos em parte, decide; ele veicula, ele próprio propulsa efeitos de poder. Afinal de contas, somos julgados, condenados, classificados, obrigados a tarefas, destinados a uma certa maneira de viver ou a uma certa maneira de morrer, em função de discursos verdadeiros, que trazem consigo efeitos específicos de poder. Portanto: regras de direito, mecanismos de poder, efeitos de verdade."

diante da intervenção da moral pública; e, uma terceira exceção, defender a Constituição como prática social³³. Gargarella admite que essa última hipótese foi a que Nino menos desenvolveu, mas expressava uma tendência muito comum à época para os liberais igualitários referente a uma abertura gradual com o pensamento comunitarista³⁴. Liberais igualitários, tal como Dworkin³⁵. Não por acaso a tal "prática constitucional" (e a metáfora da catedral que utiliza) assemelha-se à proteção da comunidade de princípios de que fala Dworkin³⁶. Ambos fincam-se na faticidade.

Outros (e especialmente o próprio Dworkin³⁷) encontram a legitimidade do Judiciário (também) na argumentação. Marinoni, entre os processualistas, numa linha não explicitamente dworkiana, mas com ela certamente compatível, afirma que

³³ GARGARELLA, Roberto. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino**. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, pp. 205-206. Cf também GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 144. Afirma que, para Nino, não há conflito efetivo entre procedimentalismo e substancialismo, entre democracia deliberativa e direitos fundamentais, pois aquela situa-se no plano epistemológico e estes, no plano ontológico. (*Ibidem*, p. 112)

³⁴ Sobre o comunitarismo (que tem como representantes Alasdair MacIntyre, Michael Walzer, Charles Taylor e Michael Sandel), este é um movimento crítico ao liberalismo, que contesta toda e qualquer racionalidade abstrata que abra mão de sua inscrição na história, nos costumes institucionais e nas diversas formas de vida. Para o comunitarismo, são os conteúdos substantivos da história de cada um que dá sentido à existência e, como esses conteúdos estão inscritos na cultura, eles precedem o indivíduo de modo que a sua identidade depende do horizonte social e cultural (e comunitário) no qual se insere. (COMUNITARISMO. In: BARRETO, Vicente de Paulo. [verbete de Gisele Citadino] **Dicionário de filosofia do direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Renovar e Unisinos, 2006, p. 136-138)

³⁵ Como se verá adiante, no item sobre a igualdade (4.4.1), e como afirmam Rosenfeld e Arato, Dworkin abraça uma posição liberal-igualitária fundada na tradição kantiana na medida em que sustenta os direitos como trunfos. (ROSENFELD, Michel. ARATO, Andrew (ed.). **Habermas on law and democracy: critical exchanges**. Los Angeles: University of California, 1998, p. 3, trad. Livre: "Dworkin embraces a liberal-egalitarian position that is steeped in the Kantian tradition inasmuch as it predicates that rights trump goods.")

³⁶ Assim com a sua metáfora da catedral assemelha-se ao romance em cadeia de Dworkin. (cf. NINO, Carlos Santiago. **La constitution de la democracia deliberativa**. Barcelona: Editorial Gedisa, 1997)

³⁷ "Judges do not gain legitimacy from God or election or the will of the governed or their supposed pragmatic skill or inspired reasonableness. The sole ground of their legitimacy – the sole ground – is the discipline of the argument: Their institutional commitment to do nothing that they are not prepared to justify through arguments that satisfy, at once, two basic conditions. The first is sincerity. (...) The second is transparency." (DWORKIN, Ronald. **A bad flawed election: debating Bush v. Gore, the Supreme Court and American Democracy**, p. 54. *Apud* MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 44)

a jurisdição constitucional justifica-se quando os juízes demonstram que seus julgamentos estão amparados em argumentos plausíveis³⁸.

Nessa tarefa de legitimação pela argumentação, os direitos fundamentais funcionam como "trunfos" (aqui Novais usa a expressão de Dworkin) num jogo de cartas³⁹.

Entende Novais que interpretar a ideia de direitos como trunfos à luz da dignidade da pessoa permite estendê-la a outros direitos fundamentais, em particular aos direitos sociais⁴⁰ e, ao que aqui interessa, ao direito à assistência social.

Do mesmo modo, para Oscar Vilhena, o Judiciário serve à preservação do sistema efetivamente representativo, a facilitar a representação das minorias, e à distribuição equânime de oportunidades, direitos e benefícios sociais⁴¹.

O discurso da legitimidade passa, assim, pela argumentação e pelo primado dos direitos fundamentais. Passa, também, da abstração à faticidade e, como se verá, pelo direito como integridade, mas passa principalmente por um outro componente substancial. É o que se verá a seguir.

1.1.3 A Tensão entre Norma e Realidade. A Faticidade Ética

Para esse novo paradigma⁴² da faticidade, em que a atuação do Judiciário justifica-se pela compreensão dos direitos como trunfos, deve-se olhar para aquelas pessoas que ficaram alheias ao sistema de normatividade geral e abstrata de que se falou, aquelas cujas "misérias e vergonhas", nas palavras citadas de Paolo Grossi, foram ocultadas, mas que continuam a existir.

³⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol.1: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006, p. 88.

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006, p. 28.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 32.

⁴¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)**. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 217.

⁴² "Considero 'paradigmas' as realizações científicas universalmente reconhecidas que, durante algum tempo, fornecem problemas e soluções modelares para uma comunidade de praticantes de uma ciência." (KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas**. [trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira]. 7ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003, p. 13)

Eis, então, o percurso desse trabalho: Por quê? Como? Para quem?

Não se trata de reiterar um erro e confiar ingenuamente na racionalidade ou na autonomia do sujeito – não mais o legislador, mas agora o juiz. Trata-se de fazer a crítica dessa abstração, pois o sujeito, agora fundado na faticidade, é sujeitoado e constituído – para utilizar um referencial foucaultiano, que, tal como os demais referenciais citados neste item, ainda que não aprofundados, têm em comum a crítica à modernidade –, pelos discursos e relações de poder (macro e microfísicas) que lhe atravessam⁴³.

É preciso, então, criar espaços de autodeterminação, inserindo um componente substancial, um componente ético. Um espaço, em que, para Foucault, o sujeito assume o “cuidado de si”, impondo-se condutas e posturas saudáveis, austeras, numa verdadeira arte da existência⁴⁴. Um espaço que também estava presente em Heidegger, quando este fala do cuidado (*sorge*) para que o *Dasein* busque a autenticidade, tornando-se responsável pelas próprias escolhas e que, segundo Safranski, poderia ser formulado na seguinte frase: “faz aquilo que tu quiseses, mas toma uma decisão, e não deixes que ninguém te retire a decisão e, por conseguinte, a responsabilidade”⁴⁵. É, sobretudo, uma dimensão ética que permite a autodeterminação do sujeito.

O cuidado não é um discurso messiânico. Não é uma crença, mas é uma busca, uma postura, como propõe, ver-se-á, o direito como integridade.

É um cuidado de si e um cuidado dos outros. Da abstração à faticidade, do solipsismo à fraternidade, a “virada ao paradigma da exclusão”, como propõe Dussel e sua filosofia da libertação⁴⁶. A sua estratégia – em que o sujeito moderno põe-se a si mesmo e, depois, é criticado⁴⁷ – é muito útil aqui, pois o seu primeiro passo é justamente a negação do sujeito moderno, “o sujeito cartesiano de alma

⁴³ Cf. SILVA, Thais Sampaio da. Modernidade e Processo Civil: Perspectiva arqueogenealógica da verdade processual. **Revista Jurídica Themis**, v. 16, p. 125-147, 2005.

⁴⁴ Cf. FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985, v.3: o cuidado de si.

⁴⁵ SAFRANSKI, Rüdiger. **Um mestre da Alemanha**. Heidegger e o seu tempo. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994, p. 205.

⁴⁶ LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação**: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo. Florianópolis: Conceito Editorial, 2006. p. 184.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 520.

descorporalizada com função essencialmente cognitiva”⁴⁸. O sujeito moderno é absolutamente autônomo. O problema, segundo Dussel, é que o ego não morre e, sem morte, a vida humana perde sua vulnerabilidade e finitude – “a lógica da vida não impera”⁴⁹.

Crítica semelhante é feita por Agamben, ao trabalhar com modelos que se tornam paradigmas – o *homo sacer* e o campo de concentração, o muçulmano e o estado de exceção – para fazer a arqueologia do presente e, especialmente, ao elaborar uma teoria do sujeito ético como testemunha.

Testemunha do "muçulmano" de Auschwitz, um ser em humilhação, horror e medo, ceifado de toda consciência e toda a personalidade até a mais absoluta apatia⁵⁰. Se o estado de exceção e o campo são os paradigmas ocultos do espaço político da modernidade, de modo que devemos aprender a reconhecer as suas formas travestidas; devemos também reconhecer as “cobaías humanas”, privadas de quase todos os direitos e de todas as expectativas que costumamos atribuir à existência humana, situando-se em uma zona limite entre a vida e a morte⁵¹. Interessa justamente esse “sub-homem”, o seu “não rosto”⁵², situado num lugar em que a norma está suspensa, um lugar entre o abstrato e o concreto que esta não alcançou.

A ética da testemunha ensina que "os homens são homens enquanto dão testemunho do não-homem”⁵³.

Enfim, o cuidado (*Sorge*) de Heidegger, o "cuidado de si" de Foucault, o olhar para a vida concreta de Dussel e a ética do testemunho de Agamben são aqui impressões – exemplares apenas – de dimensões éticas para a racionalidade moderna.

É essa perspectiva que permite a análise dos direitos fundamentais sociais e, especialmente o direito à assistência social, a partir da realidade do seu sujeito de direito, não mais abstrato, mas real. Permite também a análise do papel do juiz

⁴⁸ LUDWIG, 2006, p. 520-521.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 521.

⁵⁰ AGAMBEN, Giorgio. **Homo sacer**: o poder soberano e a vida nua I. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002, p. 190.

⁵¹ *Ibid.*, p. 166.

⁵² AGAMBEN, Giorgio. **O que resta de Auschwitz**: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III). trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008, p. 31.

⁵³ *Ibid.*, p. 125.

nesse cuidado. Aliando a crítica à legitimidade democrática do Judiciário ao seu papel ético, questiona Garapon:

Onde vai o juiz encontrar por sua vez suas referências para resolver tais questão? Na lei? Está em declínio. Na sua própria subjetividade? É inaceitável. Na sua consciência? Quem a controlará? Numa adaptação razoável e transparente dos princípios que fundamentam nosso direito? Talvez, desde que redobre o rigor e a honestidade intelectual. O juiz não pode mais pretender uma legitimidade exclusivamente positivista num contexto que deixou de sê-lo. Para poder considerar-se censor da ética nos outros, ele deve responder por sua própria ética."⁵⁴

Mas ressalva o paradoxo da *ética judiciária*: "a ética, para o juiz, não pode ser esta espécie de valor acrescentado à sua ação, como ela o é para outras profissões, uma vez que ela é a própria essência de sua ação. (...) O excesso da ética anula a ética." Deve, portanto, "recair sobre o equilíbrio, sobre a medida exata, sobre a prudência inscrita no âmago de sua missão"⁵⁵.

E a exclusão, pondera Garapon, obriga o direito a repensar sua missão, permanecendo o juiz (mesmo, modestamente, os "petits judges" da periferia) para:

[...] lembrar à humanidade, à nação ou ao simples cidadão, as promessas feitas, começando pela primeira delas, a promessa de vida e de dignidade. Essas promessas, os juízes as preservam, mas não as têm atadas: eles são delas testemunha, garante e guardião.⁵⁶

É a mesma analogia do testemunho de Agamben. Ainda que soe utópica, a proposta aqui é justamente desidealizar o direito constitucional no momento de conflito real. Assume-se a imperfeição da Constituição no momento do dissenso, mas isso não a desqualifica.

O caso do direito à assistência social e sua conformação pelas decisões judiciais é emblemático desse conflito real entre norma e realidade e da necessidade da superação do formato abstrato *versus* concreto. A densificação normativa e a interpretação da Constituição não são, contudo, monopólio exclusivo do Judiciário. Há processos formais e informais, materiais e processuais, de atribuição de sentido,

⁵⁴ GARAPON, Antoine, **O juiz e a democracia**: o guardião das promessas. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 254.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 256.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 270.

interpretação ou mutação constitucional por diversos atores. Trata-se, enfim, de uma crise que não pode ser resolvida apenas no plano do direito:

Os poderes e as instituições não estão hoje deslegitimados porque caíram na ilegalidade; ao invés, o contrário é verdade, ou seja, que a ilegalidade é tão difundida e generalizada porque os poderes perderam toda consciência da sua legitimidade. Por isso, é inútil acreditar que se possa enfrentar a crise das nossas sociedades por meio da ação – certamente necessária – do poder judiciário: uma crise que investe contra a legitimidade não pode ser resolvida apenas no plano do direito. A hipertrofia do direito, que pretende legislar sobre tudo, ao invés, trai, através de um excesso de legalidade formal, a perda de toda legitimidade substancial. A tentativa da modernidade de fazer coincidir legalidade e legitimidade, buscando assegurar através do direito positivo a legitimidade de um poder, é, como fica claro pelo irrefreável processo de decadência em que as nossas instituições democráticas entraram, totalmente insuficiente.⁵⁷

Ainda que insuficiente, a ação do Judiciário é, como disse Agamben, certamente necessária e é nesse frente que se trabalha aqui, não sem a advertência já feita de que se trata de um protagonismo precário.

A atual teoria constitucional, desse modo, busca resgatar a solidariedade por meio da interpretação constitucional e da teoria dos direitos fundamentais. Mas esse resgate é consciente. Consciente de que a situação existencial não cabe na norma, demandando uma postura diferenciada do intérprete diante da contingência real.

Essa tensão entre a realidade e a norma, então, se, de um lado, revela a precariedade dos modelos modernos, de outro, proporciona a assunção de responsabilidade do intérprete para o seu papel ético na definição concreta do que é a Constituição.

A superação dessas contradições ou, ao menos, a construção de uma teoria que busque conformá-las pode ser feita a partir da Teoria do Direito de Ronald Dworkin.

Enfim, é a partir de Dworkin que se pretende fazer esse elo entre a proposta ética e o direito do século XXI, despojado da mitologia da norma geral e abstrata. A teoria de Dworkin imprime ética e moral ao desafio que a complexidade dos fatos impõe. Seu direito como integridade alia-se, como se perceberá, às doutrinas

⁵⁷ AGAMBEN, Giorgio. O que a renúncia de Ratzinger ensina à política. [trad. Moisés Sbardelotto]. **Instituto Humanitas Unisinos**, 17 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/517651-o-que-a-renuncia-de-ratzinger-ensina-a-politica-artigo-de-giorgio-agamben>, acesso em 28/11/2013. Original: AGAMBEN, Giorgio. Cosa insegna alla politica la rinuncia di Ratzinger. **La Repubblica**, 16 Febbraio 2013, disponível em: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/cosa-insegna-alla-politica-la-rinuncia-di-ratzinger/>, acesso em 28/11/2013.

filosóficas críticas do século XX, que vão demandar do sujeito autenticidade e responsabilidade, o cuidado ético e estético concreto. Ainda que parta de outro modelo de racionalidade, é um modelo que incrementa o modelo hermenêutico real, preocupando-se especialmente com o momento da aplicação.

2 REFERENCIAL TEÓRICO. DWORKIN

2.1 A TESE DA RESPOSTA CORRETA

Ronald Dworkin (1931-2013) dedicou-se à teoria do Direito e à teoria da decisão. Embora polêmica, sua teoria jurídica é coerente e corajosa, destacando-se o seu debate com Hart, a cuja cadeira sucedeu em Oxford, acerca da existência ou não de uma única resposta certa no direito.

Para Dworkin, “Constituição é uma comunidade fundada sobre princípios”⁵⁸. A postura do intérprete diante da Constituição, compartilhada intersubjetivamente pela comunidade de cidadãos, e o respeito à integridade dos seus princípios, implicará, diante da especificidade de cada situação existencial, de cada contingência real, uma única decisão correta. Funda, portanto, sua teoria na integridade dos princípios.

Primordial é, então, justamente a distinção entre princípios e políticas:

*Arguments of policy justify a political decision by showing that the decision advances or protects some collective goal of the community as a whole. (...) Arguments of principle justify a political decision by showing that the decision respects or secures some individual or group rights*⁵⁹.

Se os argumentos de política justificam decisões com vistas ao bem comum e argumentos de princípio justificam decisões que asseguram direitos, as decisões judiciais devem ser baseadas em argumentos de princípios, não em argumentos de política⁶⁰.

58 DWORKIN, Ronald. The concept of unenumerated rights. University of Chicago Law Review, 59, p. 381, 1992. *Apud* CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 158.

59 DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1978, p. 82, trad. livre: "Argumentos de política justificam uma decisão política, mostrando que a decisão promove ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. (...) Os argumentos de princípio justificam uma decisão política, mostrando que a decisão respeita ou assegura alguns direitos individuais ou coletivo.

60 “Minha visão é que o Tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove melhor o bem-estar geral –, e que deve tomar essas decisões elaborando e aplicando a teoria substantiva da representação, extraída do princípio básico de que o governo deve tratar as pessoas como iguais.”(DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. [trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 101)

Além disso, há a distinção por demais conhecida – ainda que talvez não tão importante para Dworkin como para a doutrina que lhe seguiu⁶¹ – entre regras e princípios. As regras operam de uma forma de tudo-ou-nada. Aplicam-se ou não. Princípios têm dimensão de peso. O conflito de regras resolve-se pela invalidação de alguma delas; o conflito de princípios, pelo valoração⁶².

Os princípios, segundo Barroso, permitem a superação do positivismo, não com o recurso a ideias metafísicas ou abstratas, mas justamente pelo reconhecimento de valores compartilhados por toda a comunidade. "Esses valores integram o sistema jurídico, mesmo que não positivados em um texto normativo específico. Os princípios expressam os valores fundamentais do sistema, dando-lhe unidade e condicionando a atividade do intérprete."⁶³

Segundo Siltala, a noção de Dworkin do direito como integridade aproxima princípios valorativos às normas de direito, sustentando uma estrutura comum para o direito e a moralidade política em sociedade. Haveria, então, algumas situações em que é necessário reconhecer a força normativa dos princípios e uma delas é quando a aplicação formal de uma regra legal válida renderia um resultado axiologicamente intolerável ou totalmente inaceitável⁶⁴.

Os princípios permitem a abertura, num primeiro momento, e, em seguida, o fechamento (contingente e precário) da interpretação, pois ainda que não haja uma regra aplicável, sempre haverá um princípio. A abertura é necessária, mas como a Constituição é, em si, um instrumento estabilizador da vida social⁶⁵, é também limitada.

⁶¹ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta** – Incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da Justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 207-214.

⁶² DWORKIN, 1977, p. 26-28. Essa distinção foi desenvolvida posteriormente por Alexy: "El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*." (ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 86)

⁶³ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 338.

⁶⁴ SILTALA, Raimo. **Law, Truth and Reason**: a treatise on legal argumentation. London: Springer, 2011, p. 66.

⁶⁵ BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 8.

Ainda, em Dworkin, “a prática legal deve ser entendida como um exercício de interpretação”⁶⁶, o que, por sua vez, permite-lhe sustentar a existência de uma resposta certa no direito⁶⁷. E uma única resposta correta.

Menelick de Carvalho explica que dizer que há uma única decisão correta para cada caso, para cada situação vivencial, única e irrepetível, por definição, não significa que só seja possível uma única leitura de um texto legal⁶⁸. O texto não é o bastante.

Segundo Chueiri, por meio da *tese da resposta certa*, Dworkin procura demonstrar que “a toda pretensão jurídica corresponde uma resposta original, assentada na idéia de direitos, cujos princípios as regras jurídicas positivadas agasalham, não havendo espaço para a sua criação, para o ato discricionário do juiz.”⁶⁹

Enfrenta algumas teses no sentido contrário, baseados, ora em afirmações sobre imprecisão dos conceitos, ora sobre a impossibilidade de provar qualquer dos argumentos. Para Dworkin, no entanto, se ele não estiver certo, poderiam existir muitas ações judiciais em que seria errado dizer que qualquer uma das partes tem direito a uma decisão, e correto dizer que o juiz tem poder discricionário para decidir em qualquer um dos sentidos⁷⁰. É o que Hart chamava de pesadelo, pois as partes acreditam ter o direito de receber dos juízes uma aplicação da lei existente à sua disputa, não de ter novo direito feito para resolvê-la, chamando Dworkin, no entanto, de “o mais nobre sonhador”⁷¹.

Ainda que incerta e controvertida, a imprecisão não implica a ausência de resposta certa⁷². É que os juristas realmente discordam quanto às técnicas de interpretação e explicação usadas para responder a determinadas questões⁷³.

⁶⁶ CHUEIRI, Vera Karam. **Before the law**: philosophy and literature: (the experience of that which one cannot experience). Tese. New School University, 2004, p. 181.

⁶⁷ Cf. DWORKIN, 1977, p. 81-130 (*Hard Cases*).

⁶⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163, p. 159.

⁶⁹ CHUEIRI, Vera Karam. **Filosofia do Direito e Modernidade** – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995, p. 68.

⁷⁰ DWORKIN, 2005, p. 178-179.

⁷¹ HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, p. 126; 137.

⁷² DWORKIN, *Op. cit.*, 2005, p. 177.

⁷³ *Ibid.*, p. 192-193.

Insiste, no tocante à impossibilidade de demonstração, em que deve haver alguma outra coisa no mundo, além de fatos concretos. Fatos, por exemplo, morais. Não transcendentais ou platônicos. Supõe, assim, que uma determinada instituição social pode ser injusta, como a escravidão, não porque as pessoas pensam que é injusta ou têm convenções nesse sentido, mas porque é simplesmente injusta, ainda que os juristas eventualmente discordem. O objetivo de Dworkin não é tornar plausível a ideia de que fatos morais existem, mas tentar sustentar a ideia de que existem alguns fatos, além dos fatos concretos.

Existem assim, segundo Dworkin, fatos de coerência narrativa, que não são fatos concretos⁷⁴, pois não são demonstráveis por métodos científicos comuns. Dworkin propõe um exercício, supondo que o personagem David Copperfield, de Charles Dickens, fosse uma pessoa real. Haveria duas regras: (1) qualquer proposição sobre David deve ser verdadeira se Dickens a disse ou se disse algo que seria incoerente caso Dickens a negasse; (2) qualquer proposição pode ser dita falsa se Dickens a negou ou se disse algo que seria incoerente caso a dissesse.

Para qualquer atributo, é verdadeiro que David ou o tinha ou não o tinha. Segundo Dworkin, mesmo um filósofo empirista, se fosse convidado a participar do exercício, depois de escutar o grupo por algum tempo, mesmo ele teria opiniões acerca da coerência narrativa. Ele não poderia demonstrar suas opiniões, seja como participante, seja como crítico. É que seja qual for o sentido que possam ter os enunciados sobre a coerência narrativa, esse sentido lhes é atribuído pela atividade que instrui os participantes a fazer e a responder a tais enunciados⁷⁵.

Do mesmo modo, ainda que a coerência normativa do raciocínio jurídico seja diferente do exercício literário, uma proposição de Direito – "o contrato de Tom é válido" – é verdadeira se a melhor justificativa que se pode fornecer para o conjunto de proposições de Direito tidas como estabelecidas fornece um argumento melhor a favor dessa proposição que a favor da proposição contrária – "o contrato de Tom não é válido" –, mas é falsa se essa justificativa fornece um argumento melhor a favor dessa proposição contrária⁷⁶. A resposta certa é a melhor resposta, o melhor argumento.

⁷⁴ DWORKIN, 2005, p. 199-200

⁷⁵ *Ibid.*, p. 205-210.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 211.

Dworkin, como dito, rejeita, com essa **tese da resposta certa**, a ideia de que o juiz tenha que, em certos casos, criar um novo direito.

As partes que vão ao Judiciário acreditam estarem corretas sobre sua pretensão ou exceção. E o juiz ao decidir deve, por sua vez, também cuidar para que a sua decisão seja correta, resguardando essa crença.

Mesmo na crítica de Costas Douzinas a Dworkin, aquele afirma que "sua [de Dworkin] proclamação confere, apesar de sua falsidade, uma função necessária ao sujeito desejante amendrontado"⁷⁷. Esse sujeito, para Douzinas, é o litigante, que clama pela completude e integralidade da lei por meio do ritual jurídico.

No entanto, se o sujeito, juiz, recusasse a essa tarefa, e a admitisse como impossível ou discricionária, render-se-ia à indiferença e à arbitrariedade.

O juiz não cria direito, mas Dworkin tampouco, ressalvam Menelick e Scotti, recorre ao auxílio de algum método ou procedimento mecanicista para chegar à resposta correta⁷⁸. Dworkin entende que é inútil "a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas"⁷⁹. Isso é interpretação.

2.2 DIREITO COMO INTEGRIDADE E FATICIDADE

Se a proposta da resposta correta é polêmica, Dworkin a constrói de maneira coerente, a partir da noção de **direito como integridade**.

É a noção interpretativa de *direito como integridade* que dá a condição para a tese da única resposta correta. Aceitar o princípio da integridade na prestação jurisdicional implica tratar-se como uma associação de princípios, como uma comunidade governada por uma visão simples e coerente de justiça, equidade e

⁷⁷ DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos**. Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009, p. 315.

⁷⁸ CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 55-56. Para Marinoni, no Estado Constitucional, a jurisdição não cria o direito, mas apenas zela para que os direitos sejam tutelados pelas normas constitucionais. (MARINONI, *Op. cit.*, 2006, p. 102)

⁷⁹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 2ed. [trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 271.

devido processo legal adjetivo na proporção adequada, ainda que estes eventualmente entrem em conflito⁸⁰.

A justiça, para Dworkin, diz respeito ao resultado correto do sistema político: a distribuição correta de bens, oportunidades e outros recursos. A equidade é uma questão da estrutura correta para esse sistema, a estrutura que distribui a influência sobre as decisões políticas da maneira adequada. É com a equidade, segundo Álvaro de Souza Cruz, que Dworkin demonstra sua percepção de que a hermenêutica é concretista de uma maneira holística, não metodológica⁸¹. O devido processo legal adjetivo, por sua vez, é uma questão dos procedimentos corretos para a aplicação de regras e regulamentos que o sistema produziu⁸².

Assim, o direito como integridade – e, portanto, a resposta correta – funda-se não apenas nas proposições jurídicas, mas também nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da “prática jurídica da comunidade”⁸³.

O recurso à comunidade de princípios se, à primeira vista, parece algo extremamente rarefeito, significa, na realidade, que o direito como integridade funda-se na faticidade. Quando Dworkin sustenta que a Constituição é uma comunidade fundada sobre princípios, está a destacar que o intérprete insere-se nessa mesma comunidade de princípios e o fato de falar em comunidade significa que compartilha intersubjetivamente os significados. É essa comunidade o ator principal do princípio da integridade, pilar sobre o qual se sustentam os princípios da justiça e a equidade no tempo e no espaço.

O respeito à integridade – vale dizer, a essa comunidade de princípios – implicará, diante da especificidade de cada situação existencial, de cada contingência real, uma única decisão correta. É no âmbito do juízo de aplicação – próprio da atividade judicial –, diante da unicidade e irrepetibilidade de cada caso concreto e da densificação normativa, que o intérprete – o juiz – poderá oferecer “uma resposta coerente com a Constituição e com o ordenamento como um todo, à

⁸⁰ DWORKIN, 2007, p. 482-483.

⁸¹ CRUZ, 2011, p. 207.

⁸² DWORKIN, *Op. cit.*, 2007, p. 483.

⁸³ *Ibid.*, p. 272.

luz dos direitos fundamentais de liberdade e igualdade de uma comunidade (viva) de princípios⁸⁴.

Sobre a incidibilidade da norma e dos juízos de aplicação, nas palavras de Friedrich Muller:

Não é possível descolar a norma jurídica do caso jurídico por ela regulamentando nem o caso da norma. Ambos fornecem de modo distinto, mas complementar, os elementos necessários à decisão jurídica. Cada questão jurídica entra em cena na forma de um caso real ou fictício. Toda e qualquer norma somente faz sentido com vistas a um caso a ser (co)solucionado por ela. Esse dado fundamental da concretização jurídica circunscreve o *interesse de conhecimento* peculiar da ciência e da prática jurídicas, especificamente jurídico, como um *interesse de decisão*⁸⁵.

E Eros Grau: "Interpretar o direito é caminhar de um ponto a outro, do universal ao particular, conferindo a carga de contingencialidade que faltava para tomar plenamente contingencial o particular"⁸⁶.

A norma é, então, densificada pelo juiz. Essa explicitação deve inserir-se no contexto de referências a que os juízes têm o dever de fundamentar (CF, art. 93, IX) – um ônus de argumentar – quando de suas decisões em casos com a mesma configuração. É desse ônus, aliás, que deriva, para Dworkin, como visto, a legitimidade dos juízes.

Mas a integridade significa tanto a "densificação vivencial do ideal da comunidade de princípio", em que seus membros se reconhecem como livres e iguais e como coautores dos princípios e regras que regem sua vida cotidiana, como uma "dimensão diacrônica", um processo de aprendizado em que cada geração busca vivenciar esse ideal⁸⁷.

As comunidades, é claro, não são todas assim, devem as pessoas buscar constantemente esse ideal, de fato – uma busca de pertencimento – e de direito – efetiva unidade de valor entre direito, justiça e moral.

⁸⁴ CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 145.

⁸⁵ MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ed. São Paulo: RT, 2010, p. 63.

⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)**. 9ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 147.

⁸⁷ CARVALHO NETTO; SCOTTI. *Op. cit.*, 2011, p. 67.

A integridade permite a abertura do Direito, prescindindo do excesso de legalismo, como visto, tão caro e tão refém da modernidade. O Direito, assim, pode expandir-se e se contrair, organicamente, de acordo com as novas circunstâncias⁸⁸.

A integridade imprime coerência ao sistema jurídico, embora com esta não se confunda⁸⁹. E vai além. Exige que as normas sejam criadas e aplicadas de forma coerente, ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal.

Esse norte que deve estar presente na análise do conteúdo concreto dos direitos e, aqui especialmente, do direito à assistência social.

2.3 A HIPÓTESE ESTÉTICA E A VERDADE INTERPRETATIVA

Para sustentar a sua tese da única resposta correta a partir do direito como integridade, Dworkin novamente, tal como no exercício da coerência narrativa, propõe que podemos melhorar nossa compreensão do Direito comparando a interpretação jurídica com a interpretação em outros campos do conhecimento, especialmente a literatura⁹⁰.

Recorre ao que chama de "hipótese estética": a interpretação de uma obra literária tenta mostrar que a maneira de ler (ou de falar, dirigir ou representar) o texto revela-o como a melhor obra de arte que ele pode ser. Mas ressalta que explicar uma obra de arte é diferente de transformá-la em outra⁹¹.

Ainda, uma interpretação não pode tornar uma obra de arte superior se trata grande parte do texto como irrelevante, ou boa parte dos incidentes como acidental, ou boa parte do estilo como desarticulada. A interpretação deve ser também sensível às opiniões do intérprete a respeito da coerência ou integridade na arte. Há, não obstante, espaço para muita discordância entre os críticos acerca do que considerar como integração, que tipo de unidade é desejável e qual é irrelevante ou indesejável⁹².

⁸⁸ DWORKIN, 2007, p. 229

⁸⁹ *Ibid.*, p. 263-264.

⁹⁰ DWORKIN, 2005, p. 217.

⁹¹ *Ibid.*, p. 222-223.

⁹² *Ibid.*, p. 223-224.

Além disso, a objeção maior contra a hipótese estética a acusa de ser trivial. Ou: diferentes teorias da arte são geradas por diferentes teorias da interpretação e as opiniões das pessoas sobre o que constitui a boa arte são inerentemente subjetivas. Dworkin defende a teoria estética, porque não há uma distinção categórica entre a interpretação, concebida como algo que revela o real significado de uma obra de arte, e a crítica, concebida como avaliação de seu sucesso ou importância. Convicções valorativas figuram em ambos os julgamentos. É claro, afirma, que nenhuma afirmação estética importante pode ser "demonstrada" como verdadeira ou falsa, se é isso que significa dizer que juízos estéticos são subjetivos. Mas não decorre daí que nenhuma teoria normativa sobre a arte seja melhor que qualquer outra, nem que uma teoria não possa ser a melhor que se produziu até o momento⁹³.

Dworkin rejeita também a compreensão de que a interpretação corresponda à intenção do autor, ainda que esta não seja irrelevante. Se um romance é mais interessante e mais coerente quando supomos que os personagens têm motivos diferentes daqueles que o romancista pensou ao escrevê-lo, a causa disso deve encontrar-se, de algum modo, no talento do artista. Convicções posteriores não consistem nem se baseiam em nenhuma descoberta de uma intenção anterior, mas são produzidas ao se confrontar não o seu eu anterior, mas a obra criada por ele⁹⁴.

É claro que as pessoas discordam quanto ao valor estético e, portanto, sobre quais obras são melhores que outras, sobre a justiça e outras virtudes políticas. É claro, também, no Direito, que "quanto maior é a complexidade social, tornam-se mais intensas as divergências entre as expectativas em torno do texto constitucional e varia mais amplamente o seu significado no âmbito da interpretação e aplicação"⁹⁵.

Essas, porém, não são discordâncias em que um lado possa vencer com algum argumento irrefutável que todos devam aceitar. Para Dworkin, e isso ficará claro em *Justice for Hedgehogs*, não há nada a favor da objetividade de julgamentos

⁹³ DWORKIN, 2005, p. 226-228.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 231-233.

⁹⁵ NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ed. São Paulo: RT, 2011, p. 90.

morais, a não ser argumentos morais; nada a favor da objetividade dos julgamentos interpretativos, a não ser argumentos interpretativos e assim por diante⁹⁶.

Quem defende uma determinada visão – que a escravidão é injusta, p.ex. – pensa ter argumentos a favor dessa visão, mas sabe que outros adotam uma visão contrária e que pode não ser capaz de convencê-los e que eles poderiam, inclusive, ser capazes de convencer-lhe se tivessem uma oportunidade decente para tanto⁹⁷.

Dworkin sustenta que acha mesmo que a escravidão é injusta e que isso não é "apenas a sua opinião", mas que todos deveriam pensar assim e ter uma razão para se opor a ela. Para Dworkin, não é possível haver um argumento contra essa proposição moral que não seja, em si, um argumento moral⁹⁸.

Questiona: "Como ele [um filósofo moral] pode acreditar que a escravidão é injusta e também acreditar que nenhuma proposição pode ser real ou objetivamente verdadeira?". Seria como um jogo: dentro de certo âmbito, produzimos argumentos e convicções de certa maneira, mas, se nos colocamos no lado de fora, sabemos que nenhuma proposição pode ser real ou verdadeira⁹⁹.

Dworkin não vê que diferença a palavra "objetivamente" faz. "Objetivamente" e "realmente" não podem mudar o sentido de julgamentos morais ou interpretativos. Não haveria uma verdade transcendente ao empreendimento humano coletivo no qual estão inseridos os julgamentos morais, estéticos ou interpretativos¹⁰⁰.

A verdade, para Dworkin, não é proposicional, cartesiana. A verdade para questões interpretativas é, em si, interpretativa. Afirma exatamente isso Dworkin: "Nós podemos resgatar os argumentos filosóficos sobre a natureza da verdade se nos pudermos entender verdade como um conceito interpretativo."¹⁰¹

⁹⁶ DWORKIN, 2005, p. 257.

⁹⁷ *Ibid*, p. 258.

⁹⁸ *Ibid*, p. 260.

⁹⁹ *Ibid*, p. 260.

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 261-262. Ronaldo Porto Macedo Jr. entende que "uma parte significativa das dificuldades para a correta compreensão do debate contemporâneo e das ideias de Dworkin reside nos preconceitos filosóficos que denominei neste livro de 'concepção absoluta do mundo', em particular em sua versão fisicalista. Em outras palavras, elas residem na pressuposição, muitas vezes quase inconsciente, de que tanto a objetividade quanto a verdade dependem da existência de uma concepção de mundo exterior como domínio garantidor da verdade das proposições jurídicas." (MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia**: Dworkin e a teoria do direito contemporânea. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 283)

¹⁰¹ DWORKIN, 2011, p. 173 (tradução livre): "We can rescue philosophical arguments about the nature of truth if we can understand truth as an interpretative concept."

E isso, como visto, não implica relativismo. “A verdade é considerada não nos termos da adequação da teoria ao objeto, mas da coerência argumentativa dos pronunciamentos emitidos num dado contexto com pretensão de validade. Ou seja, um enunciado possui um valor de verdade.”¹⁰²

É assim que “A resposta certa não é algo dado, mas construído argumentativamente.”¹⁰³ Construído argumentativamente em sua relação com o mundo e com os outros. Afinal, “o direito, para Dworkin, é uma prática interpretativa porque o seu significado enquanto prática social argumentativa é dependente das condições de verdade das práticas argumentativas que o constituem”¹⁰⁴.

O argumento esteticamente melhor constitui a resposta correta. É nesse sentido que Dworkin assume a virada ontológica da hermenêutica e rejeita a “dualidade de planos entre a filosofia e a prática”¹⁰⁵. Não há separação, mas mundo, um “contexto intersubjetivo”. Trata-se de outro paradigma¹⁰⁶.

2.4 O ROMANCE EM CADEIA: TEMPORALIDADE E COERÊNCIA

Como visto, a abertura conferida pelo princípio da integridade funda o direito na faticidade da comunidade de princípios e da prática jurídica. E é inevitável que isso seja feito a partir do horizonte da temporalidade. A comunidade de princípios, afinal, está situada no tempo e no espaço.

Árdua, a tarefa do juiz no momento da aplicação demanda a concretização da integridade dos princípios vivenciados pela comunidade e apreendidos por cada geração.

Dworkin usa a interpretação literária como um modelo central da análise jurídica e, para isso, precisa demonstrar que a distinção entre artista e crítico pode ser derrubada em certas circunstâncias. O artista não pode criar nada sem

¹⁰² CHUEIRI, 1995, p. 135.

¹⁰³ *Ibid*, p. 68.

¹⁰⁴ MACEDO JUNIOR, 2013, p. 210.

¹⁰⁵ CHUEIRI, *Op. cit.*, 1995, p. 135.

¹⁰⁶ Cf. sobre esse outro paradigma: SILVA, Thais Sampaio da. Heidegger e Dworkin: diálogo para a fundamentação ontológica da teoria da resposta correta. In: POZZOLI, Lafayette; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. **CONPEDI/UNICURITIBA. Filosofia do direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 252-278. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ec2442aa04c1575>, acesso em 04.11.2013.

interpretar enquanto cria; o crítico, por sua vez, cria quando interpreta; pois, embora seja limitado pelo fato da obra, definido nas partes mais formais e acadêmicas de sua teoria da arte, seu senso artístico mais prático está comprometido com a responsabilidade de decidir qual maneira de ver, ler ou compreender aquela obra a mostra como arte melhor¹⁰⁷.

Supõe, então, que um grupo de romancistas seja contratado para um determinado projeto e que jogue dados para definir a ordem do jogo. O de número mais baixo escreve o capítulo de abertura de um romance, que ele depois manda para o número seguinte, o qual acrescenta um capítulo e assim por diante. Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes para estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Há duas dimensões diferentes que devem ser avaliadas: a "formal" (*fit/adequação*), que indaga até que ponto a interpretação se ajusta e se integra no texto até então concluído, e a dimensão "substantiva" (*justification/valoração*), que considera a firmeza da visão sobre o que faz com que um romance seja bom. Após o primeiro, não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas. Nesse exercício, os romancistas devem assumir a responsabilidade de criar, tanto quanto puderem, um romance único, em vez de, por exemplo, uma série de contos independentes¹⁰⁸.

Decidir casos controversos no Direito seria, para Dworkin, mais ou menos como esse (estranho) exercício literário. A similaridade é mais evidente na *common law*, quando nenhuma lei ocupa posição central na questão jurídica e o argumento gira em torno de quais regras ou princípios de Direito "subjazem" a decisões de outros juízes, no passado, sobre matéria semelhante. Dworkin compara, então, metaforicamente a atividade do juiz à desse **romancista em cadeia**:

¹⁰⁷ DWORKIN, 2005, p. 235.

¹⁰⁸ *Ibid*, p. 235-237.

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. (...) Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é, tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática ou o tema da prática até então.¹⁰⁹

Todas as referências – texto, princípios compartilhados intersubjetivamente, práticas passadas – são objetos da interpretação diante da complexidade revelada pela situação concreta, que, então, será analisada e respeitada em sua diversidade. Afinal, “a integridade não recomenda o que seria perverso, que deveríamos todos ser governados pelos mesmos objetivos e estratégias políticas em todas as ocasiões”¹¹⁰.

O juiz, assim, é, ao mesmo tempo, autor e crítico desse romance a cada decisão.

A metáfora do romance em cadeia é uma metáfora da temporalidade. Ser é tempo, ensinou Heidegger. A “verdade” também é temporal. A metáfora, então, ilustra

[...] todo um processo de aprendizado social subjacente ao Direito compreendido como prática social interpretativa e argumentativa, um processo capaz de corrigir a si mesmo e que se dá ao longo de uma história institucional, reconstruída de forma reflexiva à luz dos princípios jurídicos de moralidade política, que dão sentido à história.¹¹¹

É por isso que Álvaro de Souza Cruz afirma que a resposta correta precisa ser permanentemente construída¹¹². Repita-se, construída argumentativamente em sua relação com o mundo e com os outros – a comunidade de princípios do direito como integridade – e, agora, historicamente situada.

¹⁰⁹ DWORKIN, 2005, p. 238.

¹¹⁰ *Idem*, 2007, p. 291.

¹¹¹ CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012, p. 157.

¹¹² CRUZ, Álvaro de Souza. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 87-136, p. 112.

O programa que se apresenta aos juízes que decidem casos difíceis é essencialmente, não apenas contingentemente, interpretativo; o direito como integridade pede-lhes que continuem interpretando o mesmo material que ele próprio afirma ter interpretado com sucesso.¹¹³

Tal como o romance, a edificação de uma decisão jurídica é uma cadeia, “um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros”, devendo, portanto, “levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer da sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível.”¹¹⁴

O direito como integridade associa “a visão-para-o-passado do convencionalismo e a visão-para-o-futuro do pragmatismo, na perspectiva de uma lente que, embora postada no presente, focaliza o passado para a construção de uma imagem que se projeta para o futuro.”¹¹⁵

É, portanto, temporal, assume o passado e projeta o futuro. A interpretação – especialmente a constitucional – é evolutiva. Segundo Barroso, a interpretação evolutiva, ao lado da reforma do texto, são as formas de mutação ou transição constitucional, atribuindo-lhe, de maneira informal, novos conteúdos, em razão de mudanças históricas ou de fatores políticos e sociais que não estavam presentes na mente dos constituintes. Concretiza-se, muitas vezes, por meio de normas constitucionais que se utilizam de conceitos elásticos ou indeterminados¹¹⁶.

O ato de interpretação, portanto, está na historicidade – segundo Chueiri, no sentido heideggeriano, de “totalidade do que está acontecendo”¹¹⁷.

Esse é o sentido de coerência trazida pela metáfora do romance em cadeia:

¹¹³ DWORKIN, 2007, p. 273.

¹¹⁴ CHUEIRI, 1995, p. 98.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 129.

¹¹⁶ BARROSO, 2003, p. 146. E, em outro momento: “O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. Pelo contrário, em uma relação intensa e recíproca, em fricção que produz calor mas nem sempre luz, o Direito influencia a realidade e sofre a influência desta. A norma tem a pretensão de conformar os fatos ao seu mandamento, mas não é imune às resistências que eles podem oferecer, nem aos fatores reais do poder. No caso das mutações constitucionais, é o conteúdo da norma que sofre o efeito da passagem do tempo e das alterações da realidade de fato.” (BARROSO, Luís Roberto.. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126)

¹¹⁷ CHUEIRI, *Op. cit.*, 1995, p. 100.

Ela possibilita a idéia historicista da unidade de passado, presente e futuro (cadeia de tradição) (...). Por isso, cada vez que se decide sobre um caso, sem referência às decisões políticas passadas (cada vez que se escreve um capítulo independente da história que vem sendo escrita) frustra-se esta pretensão básica do *direito como integridade*: a coerência em princípio como fonte dos direitos (jurídicos).¹¹⁸

Assim interpretativo, o significado do direito é “desenvolvido, elaborado e melhorado ao longo do tempo”¹¹⁹, mas é único para cada situação existencial na sua comunidade e no seu tempo. Não se trata de um conceito relativo, mas apenas de uma noção não metafísica¹²⁰. Direito, afinal, é verbo.

É interessante, aliás, como Morrison, a partir de um excerto de Heidegger, propõe a substituição de “being” (de “Ser [being] e Tempo”) por “law”, para questionar, tal como Heidegger questionou o sentido do “ser”, o sentido de Direito¹²¹.

Afirma Álvaro de Souza Cruz que a historicidade do *Dasein* revela que mesmo que “um caso aparentemente tenha esgotado a capacidade de argumentos para o seu deslinde em uma determinada época, nada garante que anos depois o problema retorne de um modo e com paradigmas distintos”¹²². Foi o que aconteceu, como se verá, com o direito à assistência social.

A metáfora do romance em cadeia permite a Dworkin sustentar que não se trata de descobrir o sentido de um texto, mas compreender a obra em sua totalidade¹²³. O autor não pode romper com essa unidade e deve comprometer-se esteticamente com a coerência da obra.

¹¹⁸ CHUEIRI, 1995, p. 115-116.

¹¹⁹ Tradução livre. “Dworkin’s understanding of law as an exercise in constructive interpretation implies the idea of narrative through which legal meaning is developed, elaborated, and improved over time.” (CHUEIRI, 2004, p. 155)

¹²⁰ DWORKIN, em seu último trabalho (DWORKIN, 2011) sustenta que “Há verdades objetivas sobre valores” (p.7), mas rejeita que seja uma verdade metafísica, confrontando seus críticos de forma irônica: “An error skeptic might read the ordinary view as assuming that moral entities exist: that the universe contains not only quarks, mesons, and other very small physical particles but also what I called morons, special particles whose configuration might make it true that people should not torture babies and that optional military invasions seeking regime change are immoral. He might then declare that because there are no moral particles, it is a mistake to say that torturing babies is wrong or that invading Iraq was immoral.” (p.32)

¹²¹ Onde se lia “being” no texto de HEIDEGGER, MORRISON substitui por “law”: “Do we in our time have an answer to the question of what we really mean by the word ‘law’. But are we nowadays even perplexed at our inability to understand the expression ‘law’? Not at all. So first of all we must reawaken an understanding for the meaning of this question.” (MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from de Greeks to post-modernism**. London: Cavendish Publishing Limited, 2000, p. 7)

¹²² CRUZ, 2011, p. 222.

¹²³ CATTONI DE OLIVEIRA, 2012, p. 162

Uma interpretação literária tem como objetivo demonstrar como a obra em questão pode ser vista como a obra de arte mais valiosa, e para isso deve atentar para características formais de identidade, coerência e integridade, assim como para considerações mais substantivas de valor artístico. Uma interpretação plausível da prática jurídica também deve, de modo semelhante, passar pelo teste das duas dimensões: deve ajustar-se a essa prática (*fit*) e, caso mais de uma interpretação se ajuste, deve demonstrar sua finalidade ou valor (*justification*)¹²⁴, julgando o escritor/juiz qual leitura torna o trabalho (a obra de arte/decisão) melhor. Incidem neste ponto questões de julgamento estético.¹²⁵

Não se trata, ressalva Dworkin, de uma licença para que cada juiz descubra na história doutrinal seja o que for que pensa que deveria estar lá. O dever do juiz é interpretar a história que encontra, não inventar uma história melhor. Não há um algoritmo para isso e as dimensões de ajuste (*fit*) fornecerão alguns limites, mas a escolha do sentido adequado não pode ser remetida à intenção de ninguém (como à intenção do primeiro autor do romance), devendo ser decidida, por quem quer que tome a decisão, como uma questão de teoria política (*justification*).

O direito é, nesse sentido, um empreendimento político, cuja finalidade é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação dessas alternativas¹²⁶. Trata-se, afinal, o romance em cadeia e o direito de empreendimentos coletivos.

Um empreendimento coletivo ou, como pondera Eisenberg, um empreendimento interpretativo, de modo que as convicções pessoais do juiz não são decisivas¹²⁷. Há limites, portanto. E há responsabilidade com esses limites.

Segundo Morrison, o desencantamento niilista que ocorre quando se reconhece que o mundo não tem um “sentido objetivo” convida a desistir-se da ciência ou aceitar o desafio e aceitar a ciência social como um projeto humano.

¹²⁴ DWORKIN, 2005, p. 239.

¹²⁵ CHUEIRI, 1995, p. 99. Cf também: “the two necessary dimensions of interpretation have a complex interplay in the chain of law. The interpretation has to fit and justify what has been written before.” (CHUEIRI, 2004, p. 204)

¹²⁶ DWORKIN, *Op. cit.*, 2005, p. 239-240.

¹²⁷ EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988, p. 142

A primeira opção implica passividade; a segunda, responsabilidade. Esta segunda opção, afirma, é o projeto de Dworkin¹²⁸.

2.5 HÉRCULES. ÉTICA E RESPONSABILIDADE

A proposta de Dworkin, portanto, tal como adiantado no capítulo 1.1.3, implica a responsabilidade do intérprete. É, afinal, a exigência da crítica filosófica do século XX (Heidegger, Foucault, Dussel, Agamben) aplicada à teoria do Direito. Ao fundar a tese da resposta certa na comunidade de princípios do direito como integridade, Dworkin devolve o intérprete à sua faticidade e, desta forma, limita-o, evitando, assim, arbitrariedades interpretativas. Impõe-lhe com isso uma postura: “Dworkin deixa claro que se trata primeiramente de uma *postura* a ser adotada pelo aplicador diante da situação concreta e com base nos princípios jurídicos, entendidos em sua *integridade*, e não numa garantia metodológica.”¹²⁹

A doutrina da responsabilidade de Dworkin, explica Katya Kozicki, implica que os juízes não deveriam tomar decisões que, embora pareçam corretas em isolado, não podem ser justificadas no conjunto de princípios encontrados na sociedade¹³⁰.

E aqui, mais uma metáfora, o juiz Hércules. Hércules é um “juiz criterioso e metódico”¹³¹, e, no caso analisado em “*O império do Direito*”, o caso *McLoughlin*¹³², sobre responsabilidade civil, explicita o seu método.

Hércules recorre a argumentos de princípio, e não a argumentos de política, levando em conta “não somente a substância das decisões tomadas por autoridades

¹²⁸ MORRISON, 2000, p. 418.

¹²⁹ CARVALHO NETTO, SCOTTI, 2011, p. 55-56.

¹³⁰ KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério**: interpretação do direito e responsabilidade judicial. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 38.

¹³¹ DWORKIN, 2007, p. 288.

¹³² Trata-se do pedido de indenização por danos morais deduzido pela Sra. McLoughlin contra o motorista que provocou o acidente em que faleceu uma de suas filhas e lesionou seu esposo e seus outros três filhos. A peculiaridade é que a demandante não estava presente, tendo tido um colapso nervoso ao chegar ao hospital. Cf. DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986, p. 24.

anteriores, mas também o modo como essas decisões foram tomadas: por quais autoridades e em que circunstâncias"¹³³.

Hércules ressalta a necessidade de construção discursiva do processo decisório¹³⁴.

Primeiro, "começa por selecionar diversas hipóteses para corresponderem à melhor interpretação dos casos precedentes, mesmo antes de tê-los lido."¹³⁵ Após, passa a verificar cada hipótese, "perguntando-se se uma pessoa poderia ter dado os vereditos dos casos precedentes se estivesse, coerente e conscientemente, aplicando os princípios subjacentes a cada interpretação."¹³⁶ Tal como no romance em cadeia, é a etapa da adequação (*fit*).

Havendo mais de uma hipótese remanescente, a etapa seguinte consiste em perguntar se alguma delas deve ser excluída por incompatibilidade com a totalidade da prática jurídica de um ponto de vista mais geral, confrontando cada interpretação com outras decisões jurídicas do passado, para além, no caso relatado, daquelas referentes à responsabilidade civil por danos morais. Trata-se, aqui, de colocar à prova as interpretações eleitas à luz da vasta rede de estruturas e decisões políticas de sua comunidade, "perguntando-se se ela poderia fazer parte de uma teoria coerente que justificasse essa rede como um todo"¹³⁷. É a etapa da justificação (*justification*).

Para facilitar a tarefa de adequação, Hércules trabalha a partir de círculos concêntricos, elaborando sua teoria de prioridade local, concernente às áreas do direito a que se refere o caso. O direito como integridade reconhece a compartimentalização como uma característica da prática e da interpretação jurídica, embora seu princípio geral adjudicativo imponha que o direito seja coerente em sua totalidade. "Hércules responde a esses impulsos antagônicos procurando uma interpretação construtiva da compartimentalização."¹³⁸ Evita, assim, divisões

¹³³ DWORKIN, *Op. cit.*, 2007, p. 292.

¹³⁴ CRUZ, 2008, p. 111.

¹³⁵ DWORKIN, 2007, p. 288.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 290.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 294.

¹³⁸ *Ibid.*, p. 301.

arbitrárias do direito e isoladas da convicção popular ou já ultrapassadas¹³⁹. Em suma, para Dworkin:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica da sua comunidade. (...) Isto incluirá convicções sobre adequação e justificação. As convicções sobre a adequação vão estabelecer a exigência de um limiar aproximado a que a interpretação de alguma parte do direito deve atender para tornar-se aceitável. (...) Esse limiar eliminará as interpretações que, de outro modo, alguns juízes prefeririam, de tal modo que os fatos brutos da história jurídica limitarão o papel que podem desempenhar, em suas decisões, as convicções pessoais de um juiz em questão de justiça.¹⁴⁰

Ao considerar as hipóteses interpretativas, o direito como integridade, portanto, impõe a adequação, mas leva em consideração "não apenas o número de decisões que são importantes para cada interpretação, mas se as decisões que exprimem um princípio parecem mais importantes, fundamentais ou de maior alcance do que as decisões que exprimem o outro."¹⁴¹ Trata-se, para Hércules, de uma questão de moral política:

A história política da comunidade será portanto uma história melhor, imagina ele, se mostrar os juízes indicando a seu público, através de suas opiniões, o caminho que tomarão os futuros juízes guiados pela integridade, e se mostrar os juízes tomando decisões que darão voz e efeito prático a convicções moralmente difundidas na comunidade.¹⁴²

Hércules rejeita o utilitarismo – que pode sacrificar o indivíduo em nome do bem-estar da comunidade –, o convencionalismo – "que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais e especiais"¹⁴³ – e o pragmatismo – "que a [melhor interpretação] encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros"¹⁴⁴ - para assumir o direito como integridade.

¹³⁹ DWORKIN, 2007, p. 302.

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 305.

¹⁴¹ *Ibid.*, p. 296.

¹⁴² *Ibid.*, p. 297.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 489.

¹⁴⁴ *Ibid.*, p. 489.

Ao recorrer ao juiz Hércules e ao seu método criterioso, Dworkin está a sustentar que o direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhe apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas¹⁴⁵.

Isso é assumir a postura e a "ambição de ser uma comunidade de princípios"¹⁴⁶. Isso não significa que, em todas as ocasiões, as respostas serão as mesmas. É que o direito como integridade "consiste numa abordagem, em perguntas, mais que em respostas"¹⁴⁷.

Para Dworkin, como visto, a pergunta sobre o que é o direito é uma pergunta interpretativa. Segundo sustenta, uma proposição de direito é verdadeira se deriva de princípios de moralidade pessoal ou política que permitem a melhor interpretação de outras proposições de direito geralmente tidas como verdadeiras na prática judicial contemporânea¹⁴⁸. A integridade pede aos juízes que procurem a moral em alguns casos, para decidir tanto o que é o direito como para honrar sua responsabilidade como juízes¹⁴⁹.

A resposta de Hércules dependerá, segundo Dworkin, de suas convicções sobre as duas virtudes que constituem a moral política: a justiça e a equidade. Não a partir de suas crenças abstratas, mas sobre qual deve ser seguida, em matéria de equidade política, por uma comunidade cujos membros têm as mesmas convicções morais de seus concidadãos. Em alguns casos, os dois tipos de juízo – o juízo da justiça e o da equidade – caminharão juntos.¹⁵⁰

Ou seja, Dworkin coloca o intérprete no mundo e demanda a sua responsabilidade; a responsabilidade de que, por vezes, a história limitará as suas

¹⁴⁵ DWORKIN, 2007, p. 291.

¹⁴⁶ *Ibid*, p. 291.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 287.

¹⁴⁸ DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge: The Belknap of Harvard University Press, 2006, p. 14.

¹⁴⁹ *Ibid*, p. 21.

¹⁵⁰ DWORKIN, *Op. cit.*, 2007, p. 298.

próprias convicções pessoais. Se isso não acontecer, "estará agindo de má-fé ou enganando a si próprio"¹⁵¹.

Reconhece, no entanto, que os juízes nem sempre terão as mesmas ideias sobre justiça e equidade¹⁵² e admite que Hércules é apenas uma metáfora e seus talentos são sobre-humanos e seu tempo infinito. Um juiz verdadeiro, segundo ele, só pode imitar Hércules até certo ponto, mas não pode impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. E mesmo essa tarefa limitada será em grande parte inconsciente, instintiva.¹⁵³ Mas esse juiz deve sempre tentar imitar Hércules o máximo possível.

Existe, no entanto, uma diferença entre estar indeciso sobre qual a resposta certa para uma questão e acreditar que não há resposta certa¹⁵⁴. Afirmo Dworkin que pode não conseguir demonstrar que as suas opiniões estão certas e as de outra pessoa, falsas, mas pode esperar conseguir convencê-lo – e a si – de algo mais importante: "that I have acted responsibly in reaching my opinions and acting on them"¹⁵⁵. É por isso que, para ele, o nervo da responsabilidade é a integridade e a epistemologia da moralidade de uma pessoa responsável é interpretativa. Afirmo: "We are morally responsible to the degree that our various concrete interpretations achieve an overall integrity so that each supports the others in a network of value that we embrace authentically"¹⁵⁶.

Dworkin enfrenta algumas críticas dirigidas a Hércules. Uma das quais afirma que não é justo que a resposta de um juiz seja aceita como definitiva quando não se tem como provar que sua opinião é melhor.

Porém, para Dworkin, cada juiz confirma e reforça a integridade ao se esforçar, a despeito da divergência, por chegar a sua própria opinião em vez de voltar-se para a tarefa geralmente mais simples de criar um direito¹⁵⁷.

¹⁵¹ DWORKIN, 2007, p. 306.

¹⁵² *Ibid*, p. 299.

¹⁵³ *Ibid*, 2007, p. 294

¹⁵⁴ *Idem*, 2011, p. 44.

¹⁵⁵ *Ibid*, p. 100: (trad. livre): "que eu agi de forma responsável em atingir minhas opiniões e agir segundo elas".

¹⁵⁶ *Ibid*, p. 101, (trad. livre): "Somos moralmente responsáveis na medida em que nossas várias interpretações concretas alcançam uma integridade total de modo que cada uma suporta as outras em uma rede de valor que abraçamos autenticamente".

¹⁵⁷ DWORKIN, *Op. cit.*, 2007, p. 315.

Essa crítica também diz que Hércules é um mito, pois os verdadeiros juízes decidiriam os casos difíceis muito mais intuitivamente. Trata-se, porém, de uma crítica que entendeu mal o exercício, pois Hércules é útil justamente porque é mais reflexivo e autoconsciente do que qualquer juiz verdadeiro precisa ser¹⁵⁸. Mas Hércules:

[...] não tem acesso a mistérios transcendentais que são obscuros para eles [os juízes reais]. Seus juízos sobre adequação e moral política são feitos da mesma matéria e têm a mesma natureza os deles. Ele faz o que eles fariam se tivessem toda uma carreira para a dedicar a única decisão; precisam não de uma concepção do direito diferente da dele, mas de algo que ele nunca precisou cultivar: eficiência e capacidade de administrar com prudência¹⁵⁹.

Outra crítica analisada por Dworkin é o ceticismo interior. Hércules sabe que, em termos de princípio, o direito está longe de ter uma coerência perfeita, mas entende que essas contradições não tornam sua tarefa impossível, sendo possível encontrar um conjunto de princípios razoavelmente plausíveis, para cada segmento do direito que deva fazer vigorar, que se ajuste suficientemente bem para poder ser uma interpretação aceitável, pressuposto que o seu crítico contesta¹⁶⁰.

Essa contestação implica considerar a distinção entre competição e contradição entre princípios. Embora em alguns casos os princípios entrem em conflito, "a coerência então exige um sistema não arbitrário de prioridade, avaliação ou acomodação entre eles, um sistema que reflita suas fontes respectivas em um nível mais profundo de moral política."¹⁶¹

O intérprete enfrenta a necessidade de encontrar um lugar, em qualquer interpretação geral da prática jurídica, para os dois princípios, sem desautorizar totalmente um ou outro.

Dworkin rejeita também, como visto, o método que busca descrever o direito geneticamente (na intenção do autor). Para ele, o modo como o direito foi produzido não assegura que será bem-sucedido na tentativa de encontrar uma interpretação

¹⁵⁸ DWORKIN, 2007, p. 316.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 316.

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 319.

¹⁶¹ *Ibid.*, p. 320-321.

coerente. Hércules tenta impor ordem à doutrina, em vez de descobrir ordem nas forças que a criaram¹⁶².

Em seu último livro, *Justice for Hedgehogs*, Dworkin deixa clara a sua noção de responsabilidade, ao diferenciar "vida boa" e "viver bem", componente da ética. Segundo ele, temos a responsabilidade de viver bem e acreditar que isso significa criar uma vida que não é simplesmente prazerosa, mas boa num sentido crítico: "a life we can take pride in having lived when the drives are slaked or even if they are not."¹⁶³ Trata-se do valor da performance. O valor final de nossas vidas é adverbial, não adjetivo¹⁶⁴. Ao sustentar neste livro, de forma mais explícita do que nunca, a unidade de valor entre moral, justiça e direito, fica claro que o valor da performance deve ser buscado do mesmo modo pelos juízes em suas decisões.

A integridade, portanto, é um compromisso. Um compromisso estético e ético. Um compromisso da comunidade com seus próprios princípios e do juiz com os princípios da sua comunidade. Isso em um dado momento, pois deve deixar sempre um espaço aberto para novas interpretações quando estas apresentarem-se necessárias: "Nenhum juiz mortal pode ou deve tentar articular suas hipóteses até esse ponto, ou torná-las tão concretas e detalhadas que novas reflexões se tornem desnecessárias em cada caso."¹⁶⁵

Nessa postura ética, a rejeição da tese da única resposta certa, como já dito, soa como indiferença: "A existência de respostas certas é uma demanda moral, sem a qual perde sentido postular a sinceridade argumentativa."¹⁶⁶

Admitir que não há resposta correta parece autorizar qualquer resposta. Hércules busca, justamente, encontrá-la. Ainda que só se possa ter certeza de que ele é o único que sempre a encontrará, os juízes não devem deixar de acreditar ou desistir de buscá-la em cada caso¹⁶⁷, único, afinal, para aquelas partes. São duas condições do *Dasein*, salienta Álvaro de Souza Cruz, justamente, a verdade e a

¹⁶² DWORKIN, 2007, p. 325.

¹⁶³ *Idem*, 2011, p. 196: (trad. livre) " Uma vida que podemos nos orgulhar de ter vivido quando os impulsos forem saciados ou mesmo quando eles não forem."

¹⁶⁴ *Ibid*, p. 197.

¹⁶⁵ DWORKIN, *Op. cit.*, 2007, p. 308.

¹⁶⁶ MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 35.

¹⁶⁷ MORRISON, 2000, p. 429.

responsabilidade, que seriam negadas caso se considerasse a resposta correta como mera ficção¹⁶⁸.

Enfim, a postura e o compromisso de Hércules com seu tempo e lugar, vale dizer, com sua comunidade de princípios, permite a Dworkin sustentar a sua teoria da resposta correta. Para Hércules, afinal, o direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo coerente e estruturado. Se é possível tornar o sistema mais coerente, então esse sistema mais coerente é o direito atual, não podendo haver um direito mais puro nele latente¹⁶⁹.

Nosso conceito de direito vincula-o à força coercitiva e, portanto, vincula-o à prestação jurisdicional, tornando o seu conteúdo sensível a diversos tipos de limitações institucionais: as doutrinas estritas de precedente, a supremacia legislativa, a compreensão do devido processo legal e o princípio da prioridade local da interpretação. Há um poder acumulativo dessas várias restrições, cada uma das quais recorre à integridade do processo para verificar a integridade substantiva¹⁷⁰.

Haveria, então, dois tipos de integridade. O princípio adjudicativo que governa nosso direito aplica a integridade inclusiva, exigindo que o juiz considere todas as virtudes componentes. Esse é o direito do juiz. É o direito contemporâneo e concreto. E a integridade pura, abstraída dessas várias limitações que a integridade inclusiva exige, composta de princípios de justiça que oferecem a melhor justificativa do direito contemporâneo. Dirige-se não aos deveres distintos de juízes e legisladores, mas diretamente à comunidade personificada¹⁷¹.

Para Dworkin, "os tribunais são as capitais do império do direito, e os juízes são seus príncipes, mas não seus videntes e profetas."¹⁷² É aos filósofos que compete a tarefa de colocar o direito quanto a si mesmo, movendo o debate para o plano da moral política abstrata utópica, mas que continua sendo direito¹⁷³. São "romancistas em cadeia com épicos em mente": o trabalho desenrola-se em volumes que podem levar gerações para serem escritos.

¹⁶⁸ CRUZ, 2011, p. 198.

¹⁶⁹ DWORKIN, 2007, p. 477-478.

¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 478-481.

¹⁷¹ *Ibid.*, p. 485.

¹⁷² *Ibid.*, p. 486.

¹⁷³ *Ibid.*, p. 487.

Cada um de seus sonhos já é latente no direito contemporâneo; e cada sonho pode ser o direito do futuro. Os filósofos são parte da história do direito mesmo quando discordam, pois seus argumentos lembram a pressão do direito além do direito, que os imperativos da integridade sempre desafiam o direito de hoje com as possibilidades de amanhã, e que toda decisão em um caso difícil é um voto para um dos sonhos do direito¹⁷⁴.

O epílogo de "O império do Direito" sintetiza de forma quase poética o direito como integridade como conceito interpretativo que compreende a doutrina e a jurisdição, ressaltando a importância desta. É que a integridade não se impõe por si mesma; é necessário o julgamento, o qual é estruturado por diferentes dimensões de interpretação, que, como visto, ainda que conflitantes, devem ser fundidas numa opinião geral, tornando o histórico legal da comunidade o melhor possível do ponto de vista da moral política¹⁷⁵.

Dworkin admite que respondeu à questão sobre o que é o direito apenas até certo ponto. Não concebeu, já se disse, um algoritmo para isso, nem concluiu, tampouco, como o senso comum. Admite que, para cada caminho seguido por Hércules, outro jurista ou juiz poderia encontrar um caminho diferente e chegaria a um lugar diferente. À pergunta "o que é o direito?", responde:

O direito não é esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, cada qual com seu próprio domínio sobre uma diferente esfera de comportamentos. Tampouco por alguma lista de autoridades com seus poderes sobre parte de nossas vidas. O império do direito é definido pela atitude, não pelo território, pelo poder ou o processo. Estudamos essa atitude principalmente em tribunais de apelação, onde ela está disposta para a inspeção, mas deve ser onipresente em nossas vidas comuns se for para servir-nos bem, inclusive nos tribunais. É uma atitude interpretativa e auto-reflexiva, dirigida à política no mais amplo sentido. É uma atitude contestadora que torna todo cidadão responsável por imaginar quais são os compromissos públicos de sua sociedade com os princípios, e o que tais compromissos exigem em cada nova circunstância. O caráter contestador do direito é confirmado, assim como é reconhecido o papel criativo das decisões privadas, pela retrospectiva da natureza judicosa das decisões tomadas pelos tribunais, e também pelo pressuposto regulador de que, ainda que os juízes devam sempre ter a última palavra, sua palavra não será a melhor por essa razão. A atitude do direito é construtiva: sua finalidade, no espírito interpretativo, é colocar o princípio acima da prática para mostrar o melhor caminho para um futuro melhor, mantendo a boa-fé com relação ao passado. É, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de como somos unidos pela comunidade apesar de divididos por nossos projetos, interesses e convicções. Isto é, de qualquer forma, o que o direito representa para nós: para as pessoas que queremos ser e para a comunidade que pretendemos ter¹⁷⁶.

¹⁷⁴ DWORKIN, 2007, p. 488.

¹⁷⁵ *Ibid.*, p. 489.

¹⁷⁶ *Ibid.*, p. 492.

Uma atitude interpretativa, contestadora, construtiva e fraterna. Essa atitude é o compromisso ético do juiz com a comunidade de princípios.

Ainda que se deva ter cautela com a teoria de Dworkin, uma vez que construída a partir de outra tradição jurídica, ela serve a vários propósitos específicos deste trabalho: destacar a importância do intérprete-juiz na construção da cadeia de decisões, aliando forma e substância e impondo responsabilidade ética nessa tarefa de buscar a resposta correta localizada no tempo e espaço de sua comunidade de princípios, regras e outras decisões. Isso é definir a cada nova decisão o que é a Constituição e o que é o direito, sem se descuidar desse compromisso.

Com a teoria da única resposta correta, impõe responsabilidade e cuidado ao jurista e, especialmente, ao juiz que não pode ser indiferente à resposta, devendo buscá-la, tal qual Hércules – ou o mais próximo possível que conseguir chegar dele –, a partir de um método de adequação e de justificação material.

Com a metáfora do romance em cadeia, ele coloca o juiz no seu tempo, impondo a preocupação com o passado e a projeção ao futuro, exigindo-lhe coerência em relação à comunidade de princípios e às decisões dos juízes anteriores em relação às questões semelhantes. A responsabilidade pode ser lida

[...] em relação ao passado (no sentido de descobrir dentro das normas jurídicas, dos precedentes e dentro da própria história institucional da comunidade a norma aplicável ao caso concreto), ao presente (pois o chamado da justiça exige sempre uma resposta imediata) e também no que concerne ao futuro (pois vão inscrever essas mesmas decisões na prática da comunidade, a qual vai servir de referência futura)¹⁷⁷.

Dworkin coloca o intérprete no mundo. Historiciza-o. Este novo paradigma funda-se na faticidade. Há, sim, uma única resposta ontologicamente (não no sentido metafísico da ontologia) correta: aquela fundada na comunidade de princípios do direito como integridade construída e desenvolvida de forma coerente, tal qual um romance em cadeia, espacial e temporalmente. Trata-se de uma verdade contingente, claro, mas uma única verdade.

É por isso que Dworkin, segundo Morrison, demanda dos advogados e juízes uma concepção holística da sua sociedade de modo que a interpretação se

¹⁷⁷ KOZICKI, 2012, p. 90.

encaixe na sociedade que interpreta¹⁷⁸. Ao intérprete cabe comprometer-se nessa busca. Cuidar para desvelar. Não se trata, portanto, de um mero ato de vontade¹⁷⁹.

Essa postura ética do juiz é especialmente relevante em relação a pretensões referentes a direitos fundamentais, vocacionados que estão a promover os valores nucleares de uma sociedade¹⁸⁰, na unidade entre direito, moral e justiça defendida por Dworkin. Serve, portanto, a concretizar o potencial emancipatório desse direitos.

Especificamente sobre esse potencial emancipatório dos direitos fundamentais, Menelick de Carvalho Netto e Guilherme Scotti, a partir de Dworkin, sustentam o caráter contramajoritário dos direitos fundamentais, pois seu conteúdo está eticamente impregnado e vocacionado a perpetuar a tensão entre os valores compartilhados pela maioria e os argumentos de apelo minoritário, configurando o que eles chamaram de “eticidade reflexiva”¹⁸¹.

Pois bem, é a partir dessa premissa que se pretende analisar os direitos fundamentais sociais, o princípio da igualdade e o direito à assistência social na Constituição. É, vale dizer, a partir dos seus juízos de aplicação.

É claro que sua proposta tem uma especial importância na tradição da *common law*, como adverte Álvaro de Souza Cruz¹⁸², mas hoje talvez não seja mais possível visualizar diferenças tão estanques entre as tradições, seja porque a *common law* incorporou também a lei como fonte privilegiada do Direito, seja porque

¹⁷⁸ MORRISON, 2000, p. 440.

¹⁷⁹ STRECK, Lênio L. **O que é isto** – decido conforme a minha consciência? 3ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 19.

¹⁸⁰ Citando Pérez Luño, Ingo Sarlet afirma que há uma função legitimadora do Estado de Direito decorrente desta significação axiológica objetiva dos direitos fundamentais, na medida em que constituem os pressupostos do consenso sobre o qual se funda qualquer sociedade democrática, exercendo, nesse sentido, o papel de sistematizar o conteúdo axiológico objetivo do ordenamento democrático. (PÉREZ LUÑO, A. E. Los derechos fundamentales. p. 20-1 *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 143).

¹⁸¹ CARVALHO NETTO; SCOTTI, 2011, p. 100.

¹⁸² CRUZ, 2011, p. 202.

a *civil law* tem destacado a importância dos precedentes¹⁸³. E deve dar. Mas deve ter o cuidado de não os supervalorizar. Ao menos por ora. É que estes ainda não são formados com o cuidado necessário para se tornarem obrigatórios. Qualquer análise rápida da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça poderia confirmar a falta de coerência e respeito aos próprios precedentes. Isso deixa os juízes e a comunidade jurídica inseguros para segui-los.

Apesar disso, é inegável que os precedentes ganharam espaço na tradição da *civil law* e servem, sim, como fonte de Direito, especialmente, quando a Constituição e a lei, por meio de conceitos abertos, deixam espaço para que isso ocorra. É assim que os juízes assumem um novo papel e devem ter consciência desse novo papel. Suas decisões não são discricionárias. Nem estão isoladas. Devem respeitar a coerência com as decisões passadas; devem inserir-se na comunidade de princípios a que servem, à Constituição que lhes integra como tal.

Assim, tal qual um romance em cadeia, cada juiz será responsável pela construção da norma. Neste trabalho, abordar-se-á a norma da assistência social como exemplo da proposta de um direito construtivo e preocupado com o seu tempo. Trata-se de um estudo de caso concreto para demonstrar a tese desse novo papel do juiz.

Para isso, o próximo passo é analisar justamente a teoria dos precedentes. Mesmo que sua aplicabilidade seja um tanto (ainda) restrita no Brasil, seu estudo é necessário, pois o caminho para sua ampliação é inexorável e é, sem dúvida, melhor trilhá-lo com o cuidado e a precisão daqueles que já o dominam, para evitar equívocos e atropelos de uma simbiose de tradições arbitrária. É o momento da adequação.

Em seguida, a reflexão passará ao próprio conteúdo do direito fundamental à assistência social. Passados vinte e cinco anos de Constituição, o discurso da

¹⁸³ Vera Karam de Chueiri e Joanna Sampaio anotam que "a teoria de Dworkin não só permite como pressupõe que seja analisada diferentemente de acordo com as distintas sociedades. Por pressupor um processo de conhecimento crítico-construtivo, segundo o qual construímos os significados de maneira a melhor se adaptarem à nossa realidade social e individual, sua teoria é aberta a alterações que a torne mais coerente com a cultura e história de uma sociedade." (CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: sobre a Suspensão da Tutela Antecipada n. 91. **Revista Direito GV** n. 5(1), São Paulo, jan-jun, 2009, p. 45-66, p. 47)

instrumentalidade e da efetividade já soa anacrônico, senão meramente retórico¹⁸⁴. É preciso ver como se instrumentalizou e como se concretizou a Constituição que temos. É preciso debruçar-se sobre os próprios fundamentos da efetividade sem precarizar o direito, ou torná-lo utilitarista. É necessário sofisticar o debate que era muito superficial e partir para a fundamentação das decisões. O Direito, afinal, é uma atitude. É o momento da justificação.

É passada a hora, enfim, de aproximar – também material e não apenas teoricamente – o rigor do processo à materialidade da Constituição. Adequação (*fit*) e justificação (*justification*) material são ambas necessárias para a construção da melhor decisão, afinal, o que importa para ambos, processualistas e constitucionalistas.

¹⁸⁴ "A essência da doutrina da efetividade é tornar as normas constitucionais aplicáveis direta e imediatamente, na extensão máxima de sua densidade normativa. (...) Para realizar seus propósitos, o movimento pela efetividade promoveu, com sucesso três mudanças de paradigma na teoria e prática do direito constitucional no país. No plano *jurídico*, atribuiu normatividade plena à Constituição, (...). Do ponto de vista *científico* ou dogmático, reconheceu ao direito constitucional um objeto próprio e autônomo, estremando-o do discurso puramente político ou sociológico. E, por fim, sob o aspecto *institucional*, contribuiu para a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. (...) A efetividade foi o rito de passagem do velho para o novo direito constitucional, fazendo com que a Constituição deixasse de ser uma miragem, com as honras de uma falsa supremacia, que não se traduzia em proveito para a cidadania" (BARROSO, Luís Roberto. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2012b, p. 28-29)

3 TEORIA DOS PRECEDENTES (FIT)

3.1 O PAPEL DOS PRECEDENTES NO DIREITO COMO INTEGRIDADE

O direito como integridade impõe ao intérprete a responsabilidade de buscar a resposta correta à luz da comunidade de princípios em que se insere e situando cada decisão tal qual o capítulo de um romance em cadeia, cuidando com a coerência em relação ao passado e ciente da importância da sua decisão para o futuro.

Concretamente, na *common law*, isso é uma alusão à doutrina dos precedentes, em que a jurisprudência apresenta-se como fonte primária do direito.

Bishop foi radical em sua defesa do ganho de racionalidade que a *common law* possui ao adotar o *stare decisis*:

*Our common law is a particular system of reason. It is one of the great departments of our governmental structure; and the study, practice and administration of it produce that training of the reason necessary to the carrying on of the government in the other departments. Statutes are not reason, they are mere command*¹⁸⁵.

Ainda que não seja essa a tradição da *civil law* e, vale dizer, a tradição brasileira, não se pode negar a vantagem daquela postura ao conferir valores – segurança jurídica, previsibilidade, estabilidade, proteção da confiança, igualdade, coerência, imparcialidade, possibilidade de orientação jurídica, definição de expectativas, desestímulo à litigância, aumento no número de acordos, despersonalização e aceitação das decisões, racionalização e aumento da eficiência etc.¹⁸⁶ – caros tanto à *common law* quanto à *civil law*, embora esta tenha optado pela lei como fonte de certeza e aquela pelo *stare decisis*.

Uma aplicação do direito, observa Streck, que se pretenda integrativa e coerente deve levar em conta o modo pelo qual um determinado tribunal ou como os outros tribunais do país vêm decidindo determinada matéria, assegurando a

¹⁸⁵ BISHOP, Joel Prentiss. **Common law and Codification or The common law as a system of reasoning** - how and why essential to good government. Chicago: Law Book Publishers, 1888, p. 3: trad. livre: "Nossa *common law* é um sistema particular de razão. É um dos grandes departamentos da nossa estrutura governamental; e o seu estudo, a sua prática e a sua administração produzem o treinamento da razão necessária para o exercício do governo em outros departamentos. Estatutos não são razão, eles são meros comandos."

¹⁸⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 2ed. São Paulo: RT, 2011, p. 103 e ss.

igualdade e rechaçando a tentação da arbitrariedade, que, muitas vezes, é variante da discricionariedade¹⁸⁷.

A segurança jurídica, afinal, embora não prevista expressamente na Constituição de 1988, está implícita em inúmeros dispositivos, especialmente na proteção do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI). Canotilho aponta que, na realidade, o instituto “segurança” desdobra-se em dois subprincípios: a segurança jurídica (propriamente) e o princípio da confiança:

O homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autónoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito.¹⁸⁸

Para Eisenberg, o aspecto mais saliente do papel do *stare decisis* é justamente a proteção da confiança justificada, que, segundo ele, pode ser geral ou especial. Esta refere-se à confiança de uma parte que planejou sua conduta com base em uma regra jurídica diante da Corte. Aquela refere-se à confiança dos membros de uma sociedade que também planejam suas condutas com base no sistema de regras jurídicas, prevenindo surpresas injustas¹⁸⁹.

Marinoni, por sua vez, menciona que da segurança jurídica deriva a previsibilidade e a estabilidade do sistema jurídico¹⁹⁰. A previsibilidade refere-se à previsão dos efeitos de um comportamento e a reação de terceiros. A estabilidade implica continuidade nas decisões, permitindo à comunidade jurídica adequar o seu comportamento e expectativas, o que, também, implica a diminuição da litigiosidade. O fato de a lei prever determinada consequência de nada adianta se a sua

¹⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso – Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas**. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 319-320.

¹⁸⁸ CANOTILHO, J. J. GOMES. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 257. Cf. também sobre o princípio da segurança jurídica: SILVA, Thais Sampaio da. **Coisa julgada administrativa (?)** – entre a autotutela e a segurança jurídica. 46f. Monografia (Especialização em Direito Público), Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil: Curitiba, 2007.

¹⁸⁹ EISENBERG, 1988, p. 48-49.

¹⁹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (org.). **A força dos precedentes**: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012c, p. 559-574, 565-566.

interpretação for diametralmente oposta em cada juízo: "a segurança jurídica está ligada à decisão judicial e não à norma jurídica em abstrato"¹⁹¹.

Em interessante trabalho sobre a racionalidade nas decisões judiciais brasileiras, José Rodrigo Rodriguez percebe que estas são muitas vezes baseadas em meros argumentos de autoridade, sem racionalidade. Chama "zona de autarquia" as decisões sem fundamentação.

A jurisdição brasileira seria "opinativa", julgando em função da agregação de opiniões e não com base na fundamentação sistemática e racional, e "personalista", admitindo e estimulando os juízes a emitirem opiniões e não decisões bem fundamentadas¹⁹².

Propõe, justamente, satisfazer a demanda por justificação por meio de um novo modelo de segurança jurídica que se assente não nas pessoas, mas nos fundamentos da decisão. É que, como aqui, percebe que o problema da segurança jurídica não se resolve apenas com o texto da lei.

É preciso levar em conta o processo de aplicação, de modo a construir padrões argumentativos mais abertos, que restrinjam o espaço decisório sem submeter o juiz a limites que o impeçam de dar conta de conflitos novos, jogando luz, então, justamente sobre a questão dos precedentes, ainda que, atualmente, os casos jurisprudenciais sejam utilizados apenas "ad hoc", i.e., apenas para reforçar a argumentação desta ou daquela posição jurídica sustentada¹⁹³.

Há outras vantagens em se adotar uma teoria de precedentes como fontes normativas. A uniformidade das interpretações e a coerência do sistema jurídico são valores dela derivados, ambos servindo à "integridade" garantidora de um sistema jurídico singular.

O poder exercido pelo Estado, afirma Barroso, é essencialmente uno e "e não se deve aceitar como plenamente natural que ele produza manifestações

¹⁹¹ MARINONI, 2011, p. 126.

¹⁹² RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). No prelo, p. 93. No mesmo sentido, adverte Virgílio Afonso da Silva, destacando que isso é reflexo também da falta de tradição acadêmica em pesquisa jurisprudencial, de modo que os precedentes são invocados como mero exemplos das ideias ou como argumento de autoridade. (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais:** conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 32-33)

¹⁹³ RODRIGUEZ, *Op. cit.*, p. 203-204.

incompatíveis entre si", o que é mais importante no caso das decisões judiciais, pois estas constituem atos de aplicação do Direito, e não opções discricionárias¹⁹⁴.

Assegura também o desejado tratamento igual entre os indivíduos, protegendo a igualdade (CF, art. 5º, *caput*). *Treat like cases alike* como propugna a *common law*: casos iguais devem ser tratados de forma igual, embora não seja exatamente fácil definir o que seriam casos "iguais" ou "parecidos"¹⁹⁵. Não apenas pelo mesmo juiz, mas por este juiz em relação às decisões que lhe são superiores.

Permite, ainda, embora estes sejam argumentos utilitaristas de importância menor: eficiência no sentido de economia do esforço judicial, eficiência em relação ao interesse das partes e prevenção de litígios inúteis¹⁹⁶.

Toni Fine sintetiza as vantagens do uso do precedente: (1) previsibilidade, proporcionando estabilidade e consistência no desenvolvimento do direito; (2) justiça, pois evita decisões arbitrárias, conferindo uma aparente neutralidade ao processo de tomada de decisões; (3) eficiência judicial, autorizando a corte a não debrurçar-se novamente sobre todas as questões já enfrentadas no precedente e desencorajando litígios; (4) integridade no sistema judicial, aumentando a confiança no sistema; (5) processo de tomada de decisões consciencioso, que consiste no cuidado tomado porque as decisões de hoje serão os precedentes de amanhã¹⁹⁷.

Por outro lado, apontam-se as desvantagens de um sistema de precedentes vinculantes: a uniformidade exagerada é o inimigo da responsabilidade sensível às variadas condições e atitudes sociopolíticas; a coerência pode ser com normas injustas, moral ou socialmente ultrapassadas; sob o pretexto da igualdade, situações extremas de desigualdade de tratamento; e estabilidade e certeza podem ser inimigas da adaptabilidade do direito às mudanças tecnológicas, sociais e

¹⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012a, p. 104-105.

¹⁹⁵ "Rather, the question is whether the categories of likeness should be large or small. If the categories of likeness, of assimilation, are so small as to enable a decisionmaker to take into account virtually every variation between separate events, then like cases are indeed being decided alike, yet the norm of precedent scarcely constrains. But if relatively large categories act to group many slightly different particular cases under general headings of likeness, then the stricture of deciding like cases alike makes reliance on precedent a substantial constraint. (SCHAUER, Frederick. Precedent. In: **Stanford Law Review**, Vol. 39, No. 3 (Feb., 1987), pp. 571-605, pp. 596)

¹⁹⁶ BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. *Rationales for Precedent*. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth, 1997, p. 481-501, pp. 490.

¹⁹⁷ FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico Anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011, p. 77-78.

econômicas¹⁹⁸. Esses problemas derivam, especialmente, do aumento de complexidade da sociedade, forçando a abertura dos sistemas jurídicos à possibilidade de modificações e correções de decisões equivocadas:

*This amounts to a rejection of juridical fundamentalism, and leads to what we might call a progressive instrumentalization of legal systems. By this we mean the development of an approach to law which assumes that law serves primarily as an instrument for the pursuit of substantive social policies and therefore must be effective in realizing its tasks and goal. (...) At any rate, the idea of law as instrumental in this sense is incompatible with any kind of absolutely strict doctrine of precedent that treat even manifestly unsatisfactory precedents as binding until abrogated by new legislation.*¹⁹⁹

Não é essa a proposta. O caso que será analisado na sequência dos capítulos mostra justamente isso. É que, já advertia Goodhart, "Because the Court has made an error in the case of A this is hardly a sound reason for requiring it to make the same error in the case of B"²⁰⁰.

Marinoni também enfrenta algumas objeções à doutrina dos precedentes: entrave ao desenvolvimento, à igualdade material, à separação dos poderes e à independência dos juízes etc.²⁰¹ Porém, não haveria, segundo ele, verdadeiro entrave, pois o sistema de precedentes possui mecanismos formais e informais de flexibilidade e revogação, que são naturalmente mais claros e rígidos do que quando não se adota vinculação alguma. Respeitar precedentes, acrescenta, não implica a obrigação de aplicá-los de maneira irrefletida, devendo-se obviamente observar as peculiaridades de cada caso. Não há sentido, ademais, em falar em independência dos juízes senão como uma garantia institucional e não como um direito de cada magistrado decidir conforme lhe convier.²⁰²

¹⁹⁸ BANKOWSKI et. al., 1997, pp. 491.

¹⁹⁹ *Ibid*, pp. 492. (Tradução livre) "Isso equivale a uma rejeição do fundamentalismo jurídico, e leva ao que poderíamos chamar de uma progressiva instrumentalização dos sistemas jurídicos. Com isto queremos dizer o desenvolvimento de uma abordagem do direito que assume que este serve primordialmente como um instrumento para a realização de políticas sociais substantivas e, portanto, deve ser eficaz na realização de suas tarefas e objetivos. (...) De qualquer forma, a idéia da lei como instrumento, nesse sentido, é incompatível com qualquer tipo de doutrina absolutamente rigorosa do precedente que trata mesmo precedentes manifestamente insatisfatórios como obrigatórios até que revogados por uma nova legislação."

²⁰⁰ GOODHART, A. L. **Precedent in English and Continental Law**. London: Stevens and Sons Limited, 1934, p.40. (Trad. livre) "Porque a Corte cometeu um erro no caso A isso dificilmente é razão para reclamar que cometa o mesmo erro no caso B".

²⁰¹ MARINONI, 2011, p. 190 e ss.

²⁰² *Ibid*., p. 195-197.

Para Marinoni, o equívoco da *civil law* é a "falta de compreensão de que a decisão é o resultado de um sistema e não algo construído de forma individualizada". Isso, para ele, indicia uma desconsideração para com os usuários do serviço jurisdicional²⁰³. Acrescente-se, aí, um estímulo à litigiosidade, tendo em vista a variedade de decisões.

As tradições, enfim, não são dogmas²⁰⁴ – pertencemos à *civil law* e, portanto, precedentes não são fonte –, que nem se sabe mais bem a que servem. Por outro lado, não se pode importar simplesmente uma tradição que não é nossa, num sincretismo muito comum no direito brasileiro, que acaba incorrendo em uma mistura indigesta de referências estranhas e desconexas. Não é disso que se trata. O hibridismo, se bem orquestrado, pode fortalecer tanto a defesa da Constituição como a participação democrática.

Não se trata de copiar um outro modelo de autoridade ou criticar o modelo vigente tendo como referência um modelo estrangeiro, mas importar aquilo que possa auxiliar nessa tarefa. A ideia é valer-se de uma doutrina "bem-sucedida", ainda que não isenta de críticas, e incorporar, lenta e gradativamente e com cuidado terminológico, uma cultura de respeito aos precedentes. Trata-se de desenvolver o mesmo "senso moral" que anima o juiz da *common law*, especialmente o respeito pela estrutura hierárquica e pela coerência nas orientações do Judiciário para si próprio e para a sociedade²⁰⁵.

É que "a necessidade de seguir precedentes não pode ser *seriamente* contestada no Estado Constitucional". Neste, segundo Mitidiero, há juridicidade, estando todos *abaixo* do Direito²⁰⁶.

A supremacia da Constituição transformou não apenas o conceito de direito, mas também, afirma Marinoni, o próprio significado de jurisdição²⁰⁷

²⁰³ MARINONI, 2011, p. 64-65.

²⁰⁴ Para uma crítica ao dogmatismo: FURMANN, Ivan; SILVA, Thais Sampaio da. Direito pré-moderno: um contributo histórico e uma crítica presente. **Jus Navigandi** (Teresina), Teresina, v. 939, 2006.

²⁰⁵ SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 133-201, pp. 172-173.

²⁰⁶ MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012, p. 123-140, p. 133.

²⁰⁷ MARINONI, *Op. cit.*, 2011, p. 40

Se se pretende superar a artificialidade da modernidade, i.e., o seu excesso de abstração, é preciso reconhecer que a tarefa do juiz, a fundamentação da sua decisão, deve ter consistência, a ponto de "convencer racionalmente a parte cuja pretensão não foi acolhida da impossibilidade de fazê-lo sem ferir a justiça e, portanto, a própria segurança jurídica"²⁰⁸. É este, segundo Menelick de Carvalho, o desafio que recai sobre os ombros dos juízes: "tornar plausível a crença em nossas instituições."²⁰⁹

Os precedentes apresentam-se, assim, como fonte primária, ao lado da lei, especialmente, na tarefa de interpretar a Constituição²¹⁰. Não são, se o referencial é dworkiano, novas fontes criativas, mas explicitações do que é a Constituição, em um dado caso concreto, em um dado momento.

E essa declaração orienta novos casos, naquilo que se assemelham, enquanto a comunidade de princípios conformar essa orientação. Se são ou não obrigatórios, ou meramente persuasivos, não que isto não seja de fato relevante, pois a própria lei, em princípio, é de adoção obrigatória, mas, pode ser afastada caso inconstitucional, cabendo ao juiz proceder à devida fundamentação. O mesmo ocorre com o precedente.

É dever do juiz, ao conhecê-lo²¹¹, referenciá-lo, ainda que para afastá-lo. Mas isso, infelizmente, parece depender de algum constrangimento formal para que seja, de fato, adotado²¹².

²⁰⁸ CARVALHO NETTO, 2003, pp. 160.

²⁰⁹ *Ibid*, pp. 160.

²¹⁰ Vale o cuidado: "...penso que o sistema de precedentes não assegura por si só a possibilidade de maior coerência e integridade do direito, porque, em face da não superação do positivismo, os precedentes acabam sendo transformados em pautas gerais ..." (STRECK, 2009, p. 325) "A possibilidade de se obter 'respostas corretas não está, pois, na vinculação (pura e simples) dos precedentes judiciais, mas, sim, na fundamentação/justificação da síntese hermenêutica que somente ocorre na *applicatio*." (*Ibid.*, p. 328)

²¹¹ CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. 3ed. Oxford: Clarendon Press, 1977, p. 201, comenta que um dos problemas do *stare decisis* é a improbabilidade de que todos os casos relevantes sejam realmente citados puramente por serem desconhecidos, considerando que o tempo em que o juiz ou a Corte podem se dedicar ao caso é limitado [ao contrário do que acontece com Hércules].

²¹² Em favor da adesão voluntária aos precedentes: "Por isso entendo viável, na busca de um conceito estrito de precedente judicial, que a decisão a ser observada como paradigma, por outros juízes, para solução de casos futuros, não dependa do legislador e nem de mecanismo rígidos para sua produção e identificação." (SANTOS, 2012. pp. 149)

O juiz é eticamente responsável. Não pode ignorar um precedente, ainda que acabe por não o aplicar, seja porque não se coaduna com a especificidade do caso, seja porque as razões que lhe orientaram já não se conformam à Constituição.

Esse cuidado, portanto, não é um ato mecânico. É um ato reflexivo. É por isso que meros mecanismos processuais – tal qual a súmula vinculante – mais parecem uma tentativa da *civil law* de insistir em trabalhar com prescrições normativas inscritas em regras estanques, soando, senão anacrônico, deveras imprudente²¹³.

Advirta-se, novamente, que não se trata aqui de discutir a legitimidade do juiz²¹⁴. A questão da legitimidade, como dito, passa pela questão da coerência e consistência das decisões. E passa pelo papel de proteção dos direitos fundamentais, excluídos que estão da livre disposição do Legislativo²¹⁵.

A ideia é compreender como realmente se concretiza esse papel. Qualquer que seja o tom do debate, mesmo os autores mais restritivos admitem que o juiz não é mais a "boca da lei", tendo, como protagonista ou coadjuvante, uma função relevante na definição do que é a Constituição.

Eisenberg, aliás, afirma, especificamente em relação à *common law*, numa linha já sustentada no capítulo I, que a legitimidade do papel do juiz está justamente na objetividade de suas decisões, de que deriva a sua imparcialidade e uma pretensão de universalidade em relação a casos similares.

Não é, no entanto, suficiente que as suas regras sejam objetivas, mas a sociedade ou o sistema jurídico deve sustentar este papel do Judiciário. Além disso, as decisões devem ser replicáveis, de modo que os advogados e as partes possam prever, ainda que não assegurar, o resultado de uma decisão²¹⁶.

Ou seja, não se está discutindo aqui se ao juiz deve ser atribuído o poder de dizer a última palavra. Gargarella, por exemplo, defende que os juízes são motores

²¹³ "O maior risco que essas reformas trazem é que, no afã de implantar o sistema de precedentes em nosso ordenamento – porque tal sistema supostamente geraria maior isonomia e celeridade processual –, estas reformas acabam por suprimir verdadeiros direitos e garantias fundamentais do cidadão, na medida em que ignoram a flexibilidade ínsita ao sistema de precedente do *common law*." (ABBOUD, Georges. Precedente judicial *versus* Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 490-552, pp. 493).

²¹⁴ Sobre o tema: GODOY, 2012.

²¹⁵ MARINONI, 2011, p. 163.

²¹⁶ EISENBERG, 1988, p. 8-13.

e garantes da discussão política, tendo um papel mais modesto, mas crucial no processo de tomada de decisões democrática²¹⁷.

Faz a distinção necessária entre revisão judicial e supremacia judicial. Naquela, o Poder Judiciário revisa a validade das leis e normas administrativas; esta dá aos juízes a última palavra sobre a interpretação e o significado da Constituição²¹⁸.

Conrado Hübner, por sua vez, defende a ideia de "última palavra provisória"²¹⁹. Ainda que para o caso concreto a decisão judicial seja, de fato, a última palavra, o ponto final pode ser um ponto inicial para um novo debate jurídico acerca da questão – em vários foros, mas inclusive o judicial – dialogicamente.

A teoria dos precedentes não é paradoxal com essa postura; pelo contrário, suporta-a, promovendo, um efetivo diálogo intrainstitucional pós-decisório (em relação ao último capítulo) e pré-decisório (em relação ao próximo).

Segundo Ferrarese, hoje o desafio consiste em construir uma semântica que, enquanto não pode mais contar com o fechamento, deve viver com a abertura, a capacidade de diálogo, sem renunciar totalmente a algum fechamento (ainda que temporário e provisório). O pronunciamento judicial, também, independentemente do grau de jurisdição, tende, assim, a se inserir em um circuito de precedentes, típico da *common law*²²⁰.

²¹⁷ GARGARELLA, Roberto. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008b, p. 168.

²¹⁸ *Ibid*, p. 250.

²¹⁹ MENDES, Conrado Hübner. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 169-170. E Streck: "sentido verdadeiro (correto) não é sentido esgotado, já que o processo de compreensão não tem um ponto final,..." (STRECK, 2009, p. 265)

Cf também: FERRARESE, Maria Rosaria. Dal "verbo" legislativo a chi dice l' "ultima parola". In: **Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi**. Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 2011, p. 63-90, pp. 78-79: "Dunque oggi spesso le istituzioni addette a pronunciare 'l'ultima parola' possono dire anche la 'prima' parola, ossia confezionare la regola. Dire l'ultima parola', può dunque significare più cose: può significare interpretare e applicare regole, principi e accordi in un modo piuttosto che in un altro; ma può voler dire anche disapplicarli, o addirittura censurarli, e persino inventare nuove forme di 'verbo' giurisprudenziale." (Trad. livre): "Então, hoje, muitas vezes, as instituições destinadas a dizer 'a última palavra' também podem dizer a 'primeira', ou seja, elaborar a regra. Dizer a 'última palavra' pode significar muitas coisas: pode significar interpretar e aplicar regras, princípios e acordos de um modo diferente de outro; mas pode mesmo querer dizer desaplicá-la, ou mesmo censurá-la ou inventar novas formas de 'verbo' jurisprudencial."

²²⁰ FERRARESE, 2011, pp. 78-79; 84-85. "Oggi dunque la sfida è la costruzione di una semantica che, mentre non può più contare sulla chiusura, riesce a convivere con l'apertura, la capacità di dialogo, senza rinunciare del tutto ad alcune cesure (sia pure temporanee e provvisorie) nel dialogo. Ad esempio, le pronunce giudiziarie, indipendentemente dal grado della giurisdizione, tendono ad inserirsi in un circuito di 'precedenti', tipico del *common law*."

Na mesma toada, Perlingieri sustenta que "a lei, o fato concreto, a lide e a decisão da lide se configuram como um procedimento sem fim, onde a situação final se torna inicial, pronta para assumir o provisório papel final"²²¹. Os precedentes, segundo ele, têm um papel importante, mas não decisivo, e a argumentação jurídica nunca é repetitiva, embora pareça sê-lo, porque a complexidade dinâmica do conjunto não o permite. Afirma:

O ordenamento realmente vigente é o conjunto dos ordenamentos dos casos concretos, como se apresentam na experiência do dia-a-dia, e vive, portanto, exclusivamente enquanto individualizado e aplicado aos fatos e aos acontecimentos. Um ordenamento que não encontrasse aplicação pertenceria ao mundo das idéias e, perdendo a sua função ordenadora, a *societas*, nem mais seria assim considerado. Sob este perfil, ao fenômeno jurídico não é possível subtrair a complexidade da factualidade que, em realidade, é uma componente essencial da normatividade e, sobretudo, da sua historicidade.²²²

Os precedentes não são válidos ou inválidos, são provisórios, tentativas a serem sopesadas ou ajustadas à luz de outras proposições²²³. Última palavra ou não, o que se pretende é demonstrar como esta palavra conforma-se ao sistema e a ele se agrega. O próprio caso da assistência social, como se verá, parece ser um exemplo em que o STF não teve a última palavra.

A Corte, segundo Eisenberg, aposta no que acredita ser o melhor julgamento e que este tem o suporte social, mas abre a discussão para uma arena mais ampla. Se esta sugerir que a Corte errou, deve responder apropriadamente²²⁴. A vinculação, tal qual a do romance em cadeia, não seria, assim, definitiva.

Se o direito como integridade funda-se não apenas nas proposições jurídicas, mas também nos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da "prática jurídica da comunidade"; a doutrina dos precedentes atua como seu veículo.

A ideia de agregar a teoria do direito como integridade de Dworkin com a teoria de precedentes não é nova. Foi bem desenvolvida, aliás, por Raimo Siltala, para quem a compreensão de um nível profundo de coerência argumentativa, ou o

²²¹ PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 200.

²²² *Ibid*, p. 201.

²²³ MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 544.

²²⁴ EISENBERG, 1988, p. 18.

direito como integridade, é essencial para a noção dworkiana de identificação, construção e adoção de precedentes²²⁵.

O romance em cadeia, afinal, é uma metáfora do papel do juiz na aplicação de precedentes: "Cada decisão judicial – que siga ou inaugure uma nova cadeia discursiva – contém um núcleo mínimo generalizante, de onde se extrai um ou mais princípios, que exatamente constituem o elo com a cadeia significativa."²²⁶ É uma metáfora obviamente imperfeita, ponderam Lindquist e Cross, às vezes mais às vezes menos restritiva que o processo judicial. Este é mais restritivo porque os autores podem embarcar em imaginações fantasiosas, enquanto os juízes estão limitados pelos fatos dos casos que lhes são apresentados.

Mas é menos restrito, porque, ao contrário do romance em cadeia, os precedentes não são coletados "entre capas" e os juízes têm alguma discricção ao escolher os precedentes significativos. E ainda, os juízes podem, de tempos em tempos, mudar uma regra anterior que foi decida de maneira errada, enquanto um novelista não está geralmente autorizado a negar eventos dos capítulos precedentes²²⁷.

Segundo os autores, "apesar da metáfora do romance em cadeia ter sido amplamente criticada, ninguém propôs um modelo superior", tendo a virtude de apresentar um modelo que aparentemente conforma teoria e prática, enquanto reconhece a interseção dos papéis da lei e das predileções individuais no processo de decisão judicial. É, assim, uma metáfora plausível e com apelo normativo e descritivo²²⁸.

Para Peters, o direito como integridade de Dworkin reserva um papel vital para o precedente judicial, mas não requer que as Cortes "adiram" ou "sigam" precedentes da maneira como esses conceitos são normalmente entendidos, porque

²²⁵ SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000, p. 96 e ss. e, em especial, p. 99. Entre nós: BARBOSA, Esfânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. 264f. Tese (Doutorado em Direito), Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

²²⁶ STRECK, 2009, p. 507.

²²⁷ LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent. In: **New York University Law**, v. 80, oct/2005, p. 1156-1206, pp. 1169.

²²⁸ *Ibid.*, pp. 1203.

o seu exato peso depende da extensão em que os princípios aplicáveis ao caso foram articulados no caso antecedente²²⁹.

Feita essa ressalva, a análise, neste momento, partirá para a técnica da teoria dos precedentes, e, especialmente, para a definição da *ratio decidendi*, das formas de revogação, para, em seguida, debruçar-se sobre as formas de controle de constitucionalidade. Trata-se, como dito inicialmente, de uma abordagem interdisciplinar.

3.2 AFINAL, O QUE É UM PRECEDENTE?

3.2.1 Força Gravitacional do Precedente

Mas, afinal, o que é um precedente? É qualquer decisão judicial? E qualquer parte da decisão judicial?

Na verdade, ensina Mitidiero, "os precedentes não são equivalentes às decisões judiciais. Ele são *razões generalizáveis* que podem ser identificadas a partir das decisões judiciais."²³⁰ Há, então, um problema em se considerar apenas a parte dispositiva da decisão. É que "o verdadeiro valor do precedente – seja qual for ele – não está na parte dispositiva da decisão, mas na essência das razões apresentadas para justificá-la"²³¹.

Assim: "o precedente é a primeira decisão que elabora a tese jurídica ou é a decisão que definitivamente a delinea, deixando-a cristalina."²³² Segundo Siltala, seria, "Any prior court decision which has or, at least, may have a normative, binding effect on a subsequent court's legal discretion."²³³ Ou, nas diretas palavras de Maccormick e Summers, ""Precedents are prior decisions that function as models for

²²⁹ PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis. In: **105 Yale L.J.** 1995-1996, p. 2031-2115, p. 2074-2075.

²³⁰ MITIDIERO, 2012, pp. 134.

²³¹ MARINONI, Luiz Guilherme. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e *obiter dictum* no direito brasileiro In: _____ (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR.** 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012a, p. 599-630, pp. 604.

²³² MARINONI, 2011, p. 216.

²³³ SILTALA, 2000, p. 66, (trad. livre): "Qualquer decisão judicial prévia que tem ou, pelo menos, pode ter um efeito normativo, obrigatório para o critério legal de um tribunal subsequente."

later decisions."²³⁴ Segundo eles, o conjunto de precedentes disponível representa, em qualquer sistema e da melhor maneira, um acúmulo de sabedoria do passado²³⁵.

Como dito, o romance em cadeia é uma metáfora do necessário percurso do direito. Para Dworkin, segundo Lindquist e Cross, a primeira decisão (*case of first impression*) permite grande liberdade judicial e marca o caminho para as futuras decisões. À medida que essas decisões caminham, o percurso torna-se mais definido²³⁶.

Desse modo, dizer que os precedentes funcionam como modelos significa também que eles têm um aspecto prospectivo, pois aquele que decide um caso novo sabe que sua decisão também servirá de guia para os casos seguintes²³⁷, o que, como visto, é justamente o cuidado que Dworkin aponta em relação ao romancista em cadeia.

No livro de MacCormick e Summers, aliás, os autores convidados para fazer o estudo comparativo demonstram que os precedentes também têm importância nos sistemas de tradição da *civil law*²³⁸, numa tendência, aqui já alardeada, convergente dos sistemas. Segundo Taruffo, também nos sistemas da *civil law*, a interpretação dos códigos e estatutos agora é baseada em grande parte em precedentes, tornados meios inevitáveis para a "concretização" de regras e princípios jurídicos. A ideia de um verdadeiro conflito entre os precedentes e a lei perdeu qualquer

²³⁴ MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 1, (trad. livre) "precedentes são decisões anteriores que funcionam como modelos para as decisões posteriores."

²³⁵ *Ibid*, p. 1: "The body of precedents available for consideration in any legal setting represents, at its best, an accumulation of wisdom from the past."

²³⁶ LINDQUIST; CROSS. 2005, pp. 1173. Nesse estudo, verificaram os autores que quando os juízes entendem que não estão vinculados pelos precedentes (como nos "cases of first impression"), eles aparentemente permitem que suas preferências políticas exercitem grande influência sobre suas decisões, enquanto essa influência é menor em casos já decididos por precedentes relevantes. Os precedentes teriam, portanto, um moderado efeito restritivo na liberdade judicial. (*Ibid.*, 1203-1205).

²³⁷ MACCORMICK; SUMMERS, *Op. cit.*, 1997, p. 2.

²³⁸ *Ibid*, p.11-12.

significado real, mesmo em sistemas de *civil law*, sendo aqueles um fator constante e onipresente na interpretação judicial da lei²³⁹.

Goodhart, no entanto, ressalvava que, no direito inglês, um precedente não pode ("may") ser utilizado, mas deve ("must"): "It's more than a model; it's has become a fixed and binding rule."²⁴⁰ Para ele, o método de precedente inglês é superior por permitir que as decisões estejam o mais próximo possível dos costumes, por ser mais técnico e conservador²⁴¹, ainda que seja inferior por ser, muitas vezes, muito apegado ao passado, menos prático, científico, podendo perpetuar erros²⁴². Destaca, no entanto, a vantagem de trazer confiança e certeza ao Direito²⁴³.

Nessa leitura, Dworkin elabora a sua crítica à visão positivista das decisões judiciais, destacando o papel interpretativo dos precedentes, modernizando a teoria "declaratória", convergindo a doutrina da *common law* à tradição continental²⁴⁴. Aqui, insere-se a discussão se a decisão judicial declara um direito, interpretando-o, ou se cria um direito.

Apesar do desejo de completude dos primeiros codificadores, é certo que também os sistemas codificados necessitam de interpretação, a fim de resolver ambiguidades, obscuridades e indeterminações.

Fazer isso de uma forma racional e responsável, no entanto, revela-se tanto uma questão de elucidar o direito expondo seus princípios fundamentais de uma forma que revela, preserva ou mesmo o constitui como um corpo racionalmente coerente, como uma questão – cada vez mais uma urgente – de garantir que as

²³⁹ TARUFFO, Michele. Institutional Factors Influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 437-460, p. 459. No original: "Rather, it should be acknowledged that, even in *civil law* systems, the interpretation of codes and statutes is now based largely upon precedents already interpreting these codes and statutes. Precedents have become unavoidable means for the 'concretization' of legal rules and principles. Many relevant situations are 'legalized' or 'jurified' by courts according to precedents, and many legal issues are decided on the basis of precedents. The idea of a true conflict between precedents as such and law as such has lost any actual meaning even in *civil law* systems. On the contrary, precedents are a constant and omnipresent factor in the judicial interpretation of law."

²⁴⁰ GOODHART, 1934, p.9, trad. Livre: "É mais que um modelo; tornou-se uma regra fixa e obrigatória."

²⁴¹ *Ibid*, p. 18; 21.

²⁴² *Ibid*, p.23; 25; 27; 31; 34; 38.

²⁴³ *Ibid*, p.41.

²⁴⁴ BANKOWSKI et. al., 1997, pp. 485.

normas jurídicas e os princípios marchem em tempo razoável com a evolução ou o desenvolvimento das necessidades sociais²⁴⁵.

Trata-se, então, não de ocupar o lugar da lei, mas de ocupar um espaço vago ao lado dela:

*I see no reason why not to call norms of judicial origin, or precedent-based norms in specific, legal norms proper. (...) Precedent-norm individuation can, in other words, be outlined with reference to the degree of contextuality or the abstractness/concreteness of the ratio of a case. At one end of the continuum, there is a sky-soaring abstract norm, sharply cut off from the contingent features of the original case and endowed with a wide field of fact-coverage. At the other end of the continuum, there is a down-to-earth concrete or contextualised norm, tightly bound up with the contingent facts of the original case and endowed with a narrow coverage of actual or merely hypothetical cases.*²⁴⁶

Utilizando a mesma analogia do crítico literário que seria usada por Dworkin, Goodhart descreve a atividade do juiz como uma atividade não construtiva, ainda que outros juízes possam eventualmente discordar da interpretação do precedente:

*[...] judges must interpret statutes, but it would be misleading to say that they are therefore constructing them. To take a non-legal analogy, a critic who interprets a poem cannot be described as constructing it although other critics may disagree with his interpretation, just as judges in subsequent cases may disagree concerning the rule of law established by the precedent one.*²⁴⁷

²⁴⁵ BANKOWSKI et. al., 1997, pp. 484. No original: "Resolving these in a rational and responsible way, however, proves to be both a matter of elucidating the law through expounding its underlying principles in a way that reveals and preserves or even constitutes it as a rationally coherent body of law and a matter - an increasingly urgent one - of ensuring that legal rules and principles march in reasonable time with evolving or developing societal needs."

²⁴⁶ SILTALA, 2000, p. 71. (Tradução livre) "Eu não vejo razão alguma para não chamar as normas de origem judicial, ou normas baseadas em precedentes, de normas legais propriamente ditas. (...) A individualização de normas-precedentes pode, em outras palavras, ser descrita com referência ao grau de contextualização ou de abstração/concretude em relação à *ratio* de um caso. Em um extremo do continuum, há uma norma de mais alta abstração, nitidamente separada das características contingentes do caso original e dotada de um amplo campo cobertura fática. No outro extremo do continuum, há uma norma fincada ao plano concreto ou contextualizada, fortemente vinculada com os fatos contingentes do caso original e dotado de uma restrita cobertura de casos reais ou meramente hipotéticos."

²⁴⁷ GOODHART, Arthur L. The *ratio decidendi* of a case. In: **The Modern Law Review**, Vol. 22, No. 2 (Mar., 1959), Blackwell Publishing, p. 117-124, pp. 123, (trad. livre) "...Os juízes devem interpretar os estatutos, mas seria enganoso dizer que eles estão, assim, construindo-os. Para usar uma analogia não-legal, um crítico que interpreta um poema não pode ser considerado como construindo-o, embora outros críticos possam discordar de sua interpretação, assim como juízes em casos subsequentes podem discordar a respeito da regra de Direito estabelecida pelo precedente."

Stare decisis, por sua vez, é a síntese do brocardo latino "stare decisis et non quieta movere" (manter decisões e não alterar questões já definidas), implicando a necessária adesão aos precedentes sem modificar situações já estabilizadas.

Dworkin fala em força gravitacional dos precedentes em relação às decisões posteriores. Essa força explica-se pela justiça de tratar casos semelhantes de forma semelhante e não simplesmente pela obrigatoriedade do precedente. Sustenta Dworkin, por intermédio de Hércules, que essa força gravitacional é limitada pela extensão dos argumentos de princípio necessários para fundamentar o precedente. Assim, se uma decisão anterior foi totalmente justificada por um argumento de política, ela não tem força gravitacional²⁴⁸.

Essa força de que fala Dworkin não se refere tanto à questão de em quais casos os precedentes devem ser seguidos, mas sim à questão de o quanto devem ser seguidos²⁴⁹. É que, entre os extremos da absoluta certeza e da total arbitrariedade, existe um espaço de tomada de decisões razoáveis, genuinamente guiadas por princípios, regras legais e precedentes, que admite certeza tolerável e previsibilidade, e que dá real substância, mas não peso absoluto, ao ideal de igualdade²⁵⁰.

Acredita-se nisso aqui também. Evita-se, assim, a clássica advertência de Goodhart: "The result is that the English judge is a slave do the past and a despot for the future, bound by the decisions of his dead predecessors and binding for generations to come the judgements of those who will succeed him."²⁵¹ Nem escravos, nem déspotas. "O juiz precisa ser livre para olhar para o futuro (...), também precisa ter essa mesma liberdade legitimamente limitada pelo

²⁴⁸ DWORKIN, 1977, p. 112-113. Christopher Peter sustenta que essa seria uma justificativa do *stare decisis* fundada na "consistência como igualdade", adotada por Dworkin na obra citada, mas que teria sido modificada depois para a noção, que abrange aquela, de "consistência como integridade". (PETERS, Christopher J. Foolish Consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis. In: **105 Yale L.J.** 1995-1996, p. 2031-2115, pp. 2076).

²⁴⁹ BANKOWSKI et. al., 1997, pp. 493.

²⁵⁰ *Ibid*, pp. 495.

²⁵¹ GOODHART, 1934, p.48, (trad. livre) "O resultado é que o juiz inglês é um escravo do passado e um déspota para o futuro, vinculado a decisões dos seus antecessores mortos e vinculando as próximas gerações aos julgamentos que lhe irão suceder."

precedente."²⁵² Romancistas em cadeia cai-lhes muito melhor, numa legítima estética da decisão.

Para Gerhardt, existem cinco características essenciais que tradicionalmente destacam um verdadeiro precedente de modo a vincular as decisões futuras. Em primeiro lugar, a *permanência*, i.e., a decisão deve ter a ambição de resolver uma série de casos envolvendo uma controvérsia anterior de forma definitiva; em segundo lugar, o *sequencialismo*, a ordem na sequência dos julgamentos conduz a um resultado determinado; em terceiro lugar, a *consistência*, a decisão a ser tomada deve ser coerente, do ponto de vista lógico, com uma série de decisões anteriores; em quarto, a *compulsão*, levando os juízes a adotarem uma decisão que, do ponto de vista pessoal, não tomariam, mas que acreditam que melhor expressa a jurisprudência da Corte; e, em quinto lugar, a *previsibilidade*, considerando que uma decisão anterior – ou uma série de decisões – gerou uma expectativa legítima de que seria seguida no futuro, de modo a ordenar a conduta dos cidadãos de boa-fé²⁵³.

A necessidade premente de mudança, sem, contudo, ignorar o passado. Dessa forma, os precedentes podem, acrescenta Abboud a partir de Dworkin, "ser considerados os índices que indicam os níveis de integridade e coerência de cada ordenamento", de modo que as decisões que o contrariam ou destoam devem conter fundamentação adicional, especialmente voltada a justificar essa contrariedade²⁵⁴.

A força de um precedente depende também, segundo Taruffo, da estrutura do Judiciário e sua organização hierárquica, sendo importante definir o precedente de qual(is) Corte(s) será vinculante verticalmente e se, nesta(s), será vinculante horizontalmente²⁵⁵. Adverte ele, no entanto, que divergências sobre a existência e a força dos precedentes podem ocorrer, inclusive, porque a Corte superior pode entender que seu precedente é vinculante, enquanto a Corte inferior entender que

²⁵² SANTOS, 2012, pp. 185.

²⁵³ GERHARDT, Michael. **The limited path dependency of precedent**. University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law, 7 U. Pa. J. Const. L. 903, April, 2005, *Apud* APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008, p. 303.

²⁵⁴ ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.452.

²⁵⁵ TARUFFO, 1997, pp. 437-460.

não o é²⁵⁶. É importante saber, inclusive, se a jurisdição ordinária tem poder de controle de constitucionalidade. Anote-se, aqui, que, por mais que se invoque a tradição civilista do direito brasileiro, em se tratando de controle de constitucionalidade, o sistema é híbrido, sem contudo adotar adequadamente o sistema de precedentes. Outro fator destacado é a forma de construção da decisão e a possibilidade ou não de votos dissidentes, a sua publicidade.

Cruz e Tucci, partindo da lição de Taruffo, assevera que o precedente deve ser conceituado, em cada ordenamento, a partir da combinação de quatro fatores: 1) a dimensão institucional (organização judiciária/precedente vertical, horizontal e autoprecedente); 2) a dimensão objetiva (influência em casos futuros e a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*, a documentação das decisões); 3) a dimensão estrutural (n.º de decisões, necessidade de reiteração no tempo); e 4) a dimensão da eficácia (grau de influência, retroatividade)²⁵⁷.

Aleksander Peczenik distingue, por sua vez, os diferentes níveis de vinculação que, partindo de inúmeras variáveis tais quais as enumeradas acima (entre outras como a reputação da Corte ou do julgador, a idade do precedente, o ramo do direito), vão desde a vinculação formal sem possibilidade de revogação até a simples função ilustrativa²⁵⁸, passando pela força (ou vinculação de fato). Mesmo estes precedentes, segundo ele, devem ser utilizados como razões de autoridade na argumentação legal²⁵⁹. Ou, para Siltala: "The normative effect of the *ratio* of a case upon subsequent adjudication may vary from strictly binding or mandatory force to no more than persuasive or weakly binding effect."²⁶⁰ Os precedentes meramente persuasivos, segundo ele, são mais comuns na *civil law*.

Toni Fine esclarece que, na *common law*, os precedentes das Cortes superiores são vinculantes em relação às Cortes jurisdicionalmente inferiores. Na ausência de autoridade obrigatória, é coerente com a boa prática jurídica que uma Corte considere a autoridade persuasiva. A persuasão, no entanto, dependerá de

²⁵⁶ TARUFFO, 1997, pp. 440.

²⁵⁷ TARUFFO, Michele. **Dimenzione del precedente giudiziario**, pp. 387-388 *apud* TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004, p. 304-307

²⁵⁸ PECZENIK, Aleksander. The Binding Force of Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, pp. 463; 478.

²⁵⁹ *Ibid*, pp. 467.

²⁶⁰ SILTALA, 2000, p. 66, (trad. livre) "O efeito normativo da *ratio* de um caso na decisão subsequente pode variar da estrita vinculação ou força mandatória ao não mais que persuasivo ou efeito vinculativo fraco."

diversos fatores, "incluindo a solidez da razoabilidade, o número de jurisdições que tenham alcançado o mesmo resultado, a proeminência da corte que decidiu o caso e o juiz que apresentou a sua opinião."²⁶¹

Para Peczenik, em um sistema coerente de normas, os precedentes são razões *prima facie*, excluindo e incluindo outras razões no exercício argumentativo de balanceamento e peso, invocando a teoria da integridade de Dworkin como um exemplo de coerência no tempo, uma coerência narrativa²⁶².

Siltala, por sua vez, classifica os precedentes a partir de critérios formais, à luz da distinção de Dworkin acerca de regras e princípios, de modo que pode haver precedentes que atuam como regras e até precedentes que são políticas, estabelecendo, neste último caso, uma relação fraca de imputação²⁶³.

Isso no que concerne formalmente ao precedente. O que importa, aqui, por outro lado, é a formação material de um precedente, ainda que para dizer que, para um juiz, o seu próprio precedente deve ser relevante, a fim de evitar decisões contraditórias, que, infelizmente, ocorrem, sem que sequer se cuide de observar a superação do entendimento.

3.2.2. *Ratio decidendi* e *Obiter Dicta*

Na doutrina da *common law*, de vital importância é a distinção entre *ratio decidendi* e *obiter dictum*. Aquela servirá como paradigma para as outras decisões, sendo o fundamento determinante para a decisão entendida como precedente.

Marshall alude ao conceito de MacCormick de *ratio decidendi*, destacando as razões justificativas:

²⁶¹ FINE, 2011, p. 68-69.

²⁶² PECZENIK, 1997, pp. 470-471.

²⁶³ SILTALA, 2000, p. 60.

[...] a ruling expressly or implicitly given by a judge which is sufficient to settle a point of law put in issue by the parties' arguments in a case, being a point on which a ruling was necessary to his justification (or non of his alternative justifications) of the decisions in the case²⁶⁴.

E Siltala, salientando a importância do entendimento da corte subsequente:

Ratio decidendi is equal with the binding element of a previous decision vis-à-vis the subsequent court's legal discretion, extending the normative impact of the earlier case beyond the res judicata or the facts originally ruled upon by the first court.²⁶⁵

Em alguns casos, a definição da *ratio decidendi* dependerá de uma série de decisões:

Whilst It would be absurd to define the ratio of a case as being the ruling of a future court, it may be plausible to say that what the ratio of a particular case turns out to be can sometimes be settled only after a number of similar cases have received judicial consideration and when rulings that are too broad or too restrictive have been corrected by subsequent reconsideration in the context of a series of similar decisions²⁶⁶.

A *ratio*, assim, pode formar-se de maneira paulatina, de modo que julgamentos posteriores ao precedente agregam-lhe conteúdo, citando Marinoni justamente a teoria de Dworkin sobre o romance em cadeia²⁶⁷. A necessidade de mais de um precedente é mais comum no contexto da *civil law* do que na *common law*, como observam Maccormick e Summers²⁶⁸.

²⁶⁴ MACCORMICK, Neil. Why cases have *rationes* and what these are. In: GOLDSTEIN, L. **Precedent in law**. Oxford: Oxford University Press, 1987, *Apud* MARSHALL, George. What is binding in a Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 503-517, p. 512. (Tradução livre) "uma regra expressa ou implicitamente dada por um juiz e que é suficiente para resolver uma questão de direito posta em causa pelos argumentos das partes em um caso, sendo uma questão em que uma força foi necessária para sua justificativa (e não das justificativas alternativas) de decisões no caso."

²⁶⁵ SILTALA, 2000, p. 65, (trad. Livre) "*Ratio decidendi* equivale ao elemento de ligação de uma decisão anterior vis-à-vis ao critério legal do tribunal subsequente, estendendo o impacto do primeiro caso para além da coisa julgada ou dos fatos originalmente decididos."

²⁶⁶ MARSHALL, George. What is binding in a Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 503-517, p. 514. (Tradução livre) "Enquanto seria absurdo definir a *ratio* de um caso como sendo a decisão futura de um tribunal, pode ser plausível dizer que o que a *ratio* de um caso particular acaba por ser, por vezes, pode ser resolvido somente após uma série de casos semelhantes receberem consideração judicial e quando as decisões que são demasiado amplas ou demasiado restritivas forem corrigidas por posteriores reconsiderações no contexto de uma série de decisões similares."

²⁶⁷ MARINONI, 2011, p. 249.

²⁶⁸ MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 538.

De início, já se vê que não basta, então, a leitura de um trecho isolado da decisão, ou quiçá, de apenas uma decisão, devendo-se compreender todo o seu contexto, suas circunstâncias de fato e as razões de direito para que, estando novamente presentes aquelas, sejam estas novamente aplicáveis. Não basta citar um precedente, deve-se justificar a sua invocação. Uma das diferenças, aliás, de tratamento do precedente na *common law* e na *civil law* é que as decisões naquela são contextualizadas a partir de situações e padrões fáticos²⁶⁹.

A questão crucial é saber de que fatos se trata, pondera Siltala, invocando o que chama de *Goodhartian aproach*, extraída do trabalho "Determining the *Ratio Decidendi* of a Case", e a noção de fatos materiais:

*The judge founds his conclusions upon a group of facts selected by him as material from among a larger mass of facts, some of which might seem significant to a layman, but which, to a lawyer, are irrelevant. The judge, therefore, reaches a conclusion upon the facts as he sees them. It is on these facts that he bases his judgment, and not on any others. It follows that our task in analyzing a case is not to state the facts and the conclusion, but to state the material facts as seen by the judge and his conclusion based on them.*²⁷⁰

Rupert Cross afirma que o método de Goodhart tem o mérito de prestar mais atenção aos fatos de cada caso²⁷¹, mas cita também o teste de Wambaugh: dada uma determinada proposição de direito, se inserida uma palavra que inverta o seu significado e, mesmo assim, a Corte decidiria de modo igual, significa que essa proposição não era um precedente. A *ratio decidendi* é, então, uma regra sem a qual o caso teria sido decidido de outra maneira; caso contrário, constitui um mero *dictum*.²⁷²

²⁶⁹ MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 537.

²⁷⁰ GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: **The Yale Law Journal**, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), pp. 161-183, p. 169. E SILTALA, Raimo. **A Theory of Precedent...** p. 88, (trad. Livre) "O juiz funda as suas conclusões a partir de um grupo de fatos selecionados por ele como materiais em relação a uma massa maior de fatos, alguns dos quais podem parecer significativos para um leigo, mas que, a um advogado, são irrelevantes. O juiz, portanto, chega a uma conclusão sobre os fatos como ele os vê. É sobre esses fatos que ele baseia seu julgamento, e não em qualquer outro. Segue-se que a nossa tarefa na análise de um caso não é para expor os fatos e a conclusão, mas indicar os fatos relevantes, como vistos pelo juiz e sua conclusão com base nelas."

²⁷¹ CROSS, 1977, p. 66. Dworkin, aliás, foi aluno de Sir Rupert Cross no Magdalen College, da Universidade de Oxford (DWORKIN, Ronald, 1931. In: BARRETO, Vicente de Paulo. (verbete de Vera Karam de Chueiri) **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Renovar e Unisinos, 2006, p. 259.

²⁷² CROSS, *Op. cit.*, 1977, p. 53-54.

Para Cross, no entanto, isso não é suficiente, servindo apenas para definir o que não é *ratio*, optando pela seguinte definição: "The *ratio decidendi* of a case is any rule of law expressly or impliedly treated by the judge as a necessary step in reaching his conclusion, having regard to the line of reasoning adopted by him, or a necessary part of his direction to the jury."²⁷³

Cross adverte também sobre algumas regras de prática judicial acerca da abordagem de um futuro juiz em relação às decisões do passado. "Judgements must be read in the light of the facts of the cases in which they are delivered", acentuando a importância de observar os fatos particulares do caso anterior a fim de analisar a probabilidade da *ratio* ser aplicada ao novo caso²⁷⁴. "Every judgement must be read in the light of judgements in other cases", de modo que a proposição de direito anterior deve ser considerada sob as luzes do caso sob análise pelo juiz subsequente²⁷⁵.

Ou seja, deve-se buscar os fatos do caso precedente e sua particular solução jurídica e verificar se os fatos do caso sob análise podem ser lidos sob as mesmas luzes ou contêm particularidades que os tornam diferentes.

Salienta, inclusive, a possibilidade de um caso possuir mais de uma *ratio*²⁷⁶, todas igualmente necessárias para a decisão. O problema maior, no entanto, refere-se a quando isso ocorre num julgamento colegiado e um juiz opta pela *ratio* A, enquanto outro opta pela *ratio* B, ambos chegando à mesma solução jurídica, como aconteceu no caso que será analisado sobre a lei do benefício assistencial.

Apesar de ser necessário analisar os fatos, decisões sobre questões de fato não constituem, segundo Cross, um precedente, pois cada caso é único. Para constituir um precedente uma decisão deve referir-se a uma questão de direito²⁷⁷.

²⁷³ CROSS, 1977, p 76, (trad. Livre) "A *ratio decidendi* de um caso é qualquer norma jurídica expressa ou implicitamente tratada pelo juiz como um passo necessário para alcançar sua conclusão, tendo em conta a linha de raciocínio adotada por ele, ou uma parte necessária da sua direção para o júri." Marinoni, no entanto, anota a crítica de McCormick à definição de Cross como muito abrangente e de Neil Duxbury que entende que não se trata da rule of law, mas "the judge's ruling", ou o que o juiz acredita ser a melhor interpretação. (MARINONI, 2011, p. 232)

²⁷⁴ CROSS, *Op. cit.*, 1977, p 42-43, (tradução livre) "Julgamentos devem ser lidos à luz dos fatos em que lhe são entregues."

²⁷⁵ *Ibid*, p. 45; 47 (trad. livre no texto).

²⁷⁶ *Ibid*, p. 86.

²⁷⁷ *Ibid*, p. 161.

Salmond, no entanto, ressalva que a operação feita pelo precedente consiste justamente em transformar questões de fato em questões de direito quando forem respondidas a partir de princípios. Dessa forma, "a precedent, therefore, is a judicial decision which contains in itself a principle. The underlying principle which thus forms its authoritative element is often termed the *ratio decidendi*."²⁷⁸

E, numa alusão à teoria de Dworkin, Siltala alude ao trabalho de Hércules na busca da razão das decisões judiciais anteriores, a fim de construir um sistema de princípios, em que direito e moral e(ou) argumentos políticos estão fortemente conectados, satisfazendo uma importante necessidade de coerência, consistência, não-contradição e não redundância, e proporcionando, enfim, alinhamento, continuidade, previsibilidade, tal como, aliás, exigido pelo direito como integridade:

*Therefore, the ratio decidendi of a case is to be constructed by the judge's 'Herculean' insight into the deeper rationale of past judicial decisions, resulting in a system-bound legal principle, or a set of principles, where both legal and moral and/or political arguments are closely intertwined. In stark contrast to the other ideologies of precedent-following discerned in the present discussion, the underlying reasons model aims at satisfying the criteria of high argumentative coherence. Other systemic criteria, such as consistency, non-contradiction and non-redundancy, could also be added. Coherence refers to the alignment of the outcome of the case with the sum total of normative premises which have bearing on the issue. Consistency denotes the requirement of continuity and predictability in judicial decision-making. The requirement of non-contradiction rules out any court decisions which are inconsistent with the present one. Finally, the less-than-fully conclusive criterion of non-redundancy in adjudication entails the idea of reducing unnecessary repetition or systemic overlap within a line of precedents*²⁷⁹.

²⁷⁸ SALMOND, John W. Theory of Judicial Precedents. In: 16 **Law Quarterly Review**, 1900, p. 376-391, p. 386-387, (tradução livre) "um precedente, portanto, é uma decisão judicial que contém em si um princípio. O princípio subjacente que, assim, constitui o seu elemento de autoridade é muitas vezes chamado de *ratio decidendi*."

²⁷⁹ SILTALA, 2000, p. 100: "Portanto, a *ratio decidendi* de um caso deve ser construída pela visão 'hercúlea' do juiz sobre as profundas razões das decisões judiciais anteriores, resultando em um princípio jurídico vinculativo do sistema, ou um conjunto de princípios, em que tanto argumentos jurídicos como argumentos morais e políticos estão intimamente ligados. Em contraste com as outras ideologias da doutrina de precedentes discernidas na presente discussão, o modelo das razões subjacentes visa satisfazer aos critérios de alta coerência argumentativa. Outros critérios sistêmicos, como a coerência, não-contradição e não-redundância, também podem ser adicionados. Coerência refere-se ao alinhamento do desfecho do caso com a soma total de premissas normativas que têm influência sobre a questão. Consistência denota a necessidade de continuidade e previsibilidade na tomada de decisão judicial. A exigência de não-contradição exclui quaisquer decisões judiciais que sejam incompatíveis com a atual. Por fim, o critério não plenamente conclusivo de não-redundância da decisão implica a idéia de reduzir a repetição desnecessária ou sobreposição sistêmica dentro de uma linha de precedentes."

Não existe, no entanto, segundo Siltala, nenhum meio efetivo de controlar como os juízes de fato constroem essa linha sistemática de precedentes, a fim de construir a "melhor interpretação" das decisões passadas, o que implica confiar – talvez ingenuamente – na capacidade e ética profissional do Judiciário. Haveria, segundo ele, uma constante ameaça de os juízes tornarem-se, não príncipes, como queria Dworkin, mas tiranos. A única forma de evitar isso, afirma, seria uma bem desenvolvida teoria de precedentes²⁸⁰.

De acordo com a teoria que se adota acerca dos precedentes, a *ratio* pode ser definida de diferentes formas: pode ser expressamente formulada pela primeira corte e por ela autoritariamente interpretada, no caso da referência judicial (*Judicial reference*); ou apenas expressamente formulada pela primeira corte, no caso da legislação Judicial (*Judicial legislation*); pode ser reconstruída de acordos com as premissas fáticas e normativas da decisão, na exegese judicial (*Judicial exegesis*); pode ser analogicamente estendida ou distinguida para cobrir, ou não, também os fatos do caso subsequente, no caso da analogia Judicial (*Judicial analogy*); pode ser posteriormente construída a partir das razões fundamentais da(s) decisão(ões) anterior(es), tal como na ideia dworkiana de melhor interpretação, no caso da construção sistêmica (*Systemic construction*); ou como uma reavaliação ou reinterpretção mais ou menos radical da corte subsequente, na reavaliação Judicial (*Judicial revaluation*)²⁸¹.

Dependendo da concepção que se adote, que pode, inclusive, aparecer misturada, haverá um nível diferente de vinculação.

Eisenberg menciona a regra do precedente, entendendo que a sua determinação não depende apenas da consideração da intenção da primeira Corte, mas também do discurso profissional subsequente, mudanças nas proposições sociais e na doutrina posterior ao precedente, assim como no julgamento da corte posterior acerca de qual regra seria mais socialmente congruente e sistemicamente consistente. Numa visão minimalista, entende que:

²⁸⁰ SILTALA, 2000, p. 101.

²⁸¹ *Ibid*, p. 109-110.

*The rule of a precedent consist of that part of the rule announced by the precedent court's opinion that was necessary for the decision. The rule so established is characterized as the ratio decidendi or holding of the precedent, and is deemed binding. Anything else said in the opinion is characterized as dicta and is deemed not bindind.*²⁸²

Por outro lado, em uma outra abordagem, mais pragmática ("result-centered"): "the rule of a precedent consists of the proposition that on the facts of the precedent (or some of them) the result of the precedent should be reached", sendo aqui importante "what the precedent court did, not what it said."²⁸³

Em relação ao método, que considera pragmático, de Goodhart, entende Eisenberg, com Julius Stone, que é impossível de aplicar, pois cada fato de um caso pode ser declarado em diferentes níveis de generalidade, cada um proporcionando uma regra diferente, e não há uma regra mecânica para definir o nível pretendido pela corte precedente²⁸⁴.

Existiria, então, uma terceira abordagem, muito comum, mais explícita ("announcement approach"), segundo a qual, "the rule of a precedent consists of the rule it states, provided that rule is relevant to the issues raised by the dispute before the court."²⁸⁵

Aqui, importa sim, portanto, o que a corte efetivamente disse e também a sua relação com o caso em disputa. É especialmente importante para a revogação de precedentes, a fim de explicitar a nova regra. Trata-se, portanto, não exatamente de uma teoria acerca da *ratio decidendi*, mas de uma técnica a ser realizada pela corte subsequente²⁸⁶.

Segundo Eisenberg, haveria duas restrições formais derivadas da vinculação. Para a primeira, a regra estabelecida pela corte que está decidindo o novo caso deve ser conciliável com o resultado alcançado no precedente. Para a segunda restrição, caso decida não seguir o precedente, deve distingui-lo.

²⁸² EISENBERG, 1988, p. 52, (tradução livre) "A regra de um precedente consiste naquela parte anunciada pelo tribunal precedente como necessária para a decisão. A regra assim estabelecida é caracterizada como a *ratio decidendi* ou *holding* e é considerada obrigatória. Qualquer outra coisa que se tenha dito é caracterizado como *dicta*, não vinculativa".

²⁸³ *Ibid.*, p. 52-53, (tradução livre) "a regra de um precedente consiste na proposição a partir dos fatos do precedente (ou de alguns deles) em que seu resultado poderia ser alcançado", sendo aqui importante "o que o tribunal precedente fez, não o que ele disse."

²⁸⁴ *Ibid*, p. 53.

²⁸⁵ *Ibid*, p. 55-56, (tradução livre): "a regra do precedente consiste na regra que impõe, desde que essa regra seja relevante para as questões levantadas na disputa."

²⁸⁶ *Ibid*, p. 61.

Ambas, no entanto, são fracas, pois podem ser manipuladas de acordo com a intenção da nova corte²⁸⁷.

Haveria, então, restrições materiais, que não são encontradas nas técnicas em que a corte subsequente pode estabelecer a regra do precedente, mas são impostas pelo conceito de vinculação, dependendo de princípios jurisdicionais institucionais que governam a reciprocidade entre as normas de aplicabilidade social e as proposições doutrinárias e, mais especificamente, a reciprocidade entre as normas de congruência social, consistência sistêmica e estabilidade dos precedentes²⁸⁸, de modo que a norma seja aplicada, estendida, reformulada ou revogada.

Enfim, nos limites deste trabalho, essas restrições concernem ao respeito ao direito como integridade e ao cuidado ético em relação à comunidade de princípios.

Visto o que é *ratio*, *obiter dictum*, por sua vez, são os fundamentos não essenciais, argumentos de reforço, mas que, se excluídos, não afastariam a conclusão da decisão judicial.

*Thus the concept of obiter dicta may include remarks on a point raised but not decided in the case, or remarks based on hypothetical facts, remarks on a point not raised in the instant case, or general statements about law or practice, particularly those made on appeal*²⁸⁹.

E Siltala: "*Obiter dicta*, by contrast, is the argumentative context of the *ratio decidendi*"²⁹⁰. Eis novamente a referência aos fatos materiais de Goodhart:

²⁸⁷ EISENBERG, 1988, p. 61-62

²⁸⁸ *Ibid*, p. 62-63.

²⁸⁹ MARSHALL, 1997, pp. 515. Tradução livre: "Assim, o conceito de *obiter dicta* pode incluir observações sobre uma questão levantada, mas não decidida, no caso, ou observações baseadas em fatos hipotéticos, observações sobre um questão não contemplada no caso em análise, ou declarações gerais sobre direito ou prática, particularmente aquelas feitas em apelações."

²⁹⁰ SILTALA, 2000, p. 65, (tradução livre) "*Obiter dicta*, por contraste, é o contexto argumentativo da *ratio decidendi*."

[...] the facts related to person, time, place, kind and amount are presumably immaterial unless stated to be material. (...) All facts which the court specifically states are immaterial must be considered so. (...) All facts which the court impliedly treats as immaterial must be considered immaterial. (...) All facts which are specifically stated to be material must be considered material. (...) If the opinion does not distinguish between material and immaterial facts then all the facts set forth in the opinion must be considered material with the exception of those that on their face are immaterial.(...)"²⁹¹

Siltala, no entanto, critica a definição de Goodhart porque existem uma infinita variedade de maneiras de construir os fatos materiais de um caso²⁹².

Cross difere vários tipos de *dictum*: aqueles que são irrelevantes para o caso, chamados *obiter dicta*, e aqueles que são relacionados com alguma questão colateral, ainda que não formem parte da *ratio decidendi*, chamadas *judicial dicta*²⁹³.

Marinoni afirma que são inegavelmente *obiter dicta* os pronunciamentos que dizem respeito a pedido não formulado e causa de pedir não invocada, ou fundamentos que, embora façam parte da causa de pedir, não foram alegados e discutidos, assim como um fundamento desnecessário²⁹⁴. Algumas questões, no entanto, ainda que não necessárias, quando abordadas de forma profunda pelo tribunal, mas não por mero excesso de argumentação, possuem textura muito próxima a da *ratio*, devendo ter eficácia persuasiva bastante forte²⁹⁵.

Assim, nem sempre é fácil definir o que constitui a *ratio* da decisão, dependendo da complexidade da matéria, da superficialidade das discussões, da variedade de fundamentos apresentados e dos fundamentos analisados²⁹⁶.

No Brasil, a noção de *ratio decidendi*, na realidade, chegou pela via transversa do direito germânico e a teoria dos motivos determinantes da decisão. Mais especificamente, chegou pelo magistério do Ministro Gilmar Mendes, cujo *leading case* é a Reclamação n.º 1.987 acerca do sequestro de verbas públicas para

²⁹¹ GOODHART, 1930, pp. 169; 174-178, (tradução livre) "...os fatos relacionados com a pessoa, tempo, lugar, tipo e quantidade são presumivelmente imateriais, a menos que indicados como materiais. (...) Todos os fatos que o tribunal especificamente entende como imateriais devem ser assim considerados. (...) Todos os fatos que o tribunal implicitamente trata como imateriais devem ser considerados imateriais. (...) Todos os fatos que são especificamente indicados como materiais deve ser considerado materiais. (...) Se a decisão não faz distinção entre os fatos materiais e imateriais, então, todos os fatos estabelecidos deve ser considerados relevantes, com exceção daqueles que evidentemente são imateriais."

²⁹² SILTALA, 2000, p. 89.

²⁹³ CROSS, 1977, p.85-86.

²⁹⁴ MARINONI, 2012a, pp. 623.

²⁹⁵ *Idem*, 2011, p. 238.

²⁹⁶ *Ibid*, p. 294.

pagamento de precatórios judiciais e os efeitos da ADI n.º 1.662²⁹⁷. Deu-se provimento à Reclamação, entendendo-se que a decisão reclamada, do TRT da 10ª Região, ofendera o "conteúdo essencial do acórdão proferido na mencionada ação direta", apesar de esta dizer respeito a uma instrução normativa do TST. Por isso, o efeito vinculante das decisões em controle de constitucionalidade deve-se referir não apenas ao dispositivo, mas a sua *ratio decidendi*²⁹⁸.

Colocadas as premissas sobre aquilo que constitui um precedente, de que forma ele vincula e o que nele é vinculante, importante, agora, tecer algumas considerações sobre as formas de flexibilização desses precedentes, conferindo ao sistema a necessária dinamicidade.

3.3 REVOGAÇÃO DOS PRECEDENTES

Uma vez formado o precedente, estando, portanto, consolidado um entendimento, estão os juízes de instâncias inferiores obrigados a adotá-lo para casos idênticos. Trata-se, portanto, de uma norma.

Ou, como o referencial é dworkiano, tanto os juízes de instâncias inferiores como os da mesma instância estão obrigados – por sua responsabilidade ética como julgadores inseridos numa comunidade de princípios – a observá-los como capítulos antecedentes de um romance em cadeia, sob pena de construírem uma obra incoerente e desconexa.

Toni Fine, nessa mesma linha, sugere que a doutrina do *stare decisis* é um fenômeno complexo, sendo melhor pensá-la, não como uma ciência, mas como uma arte.²⁹⁹

Isso não significa que devam simplesmente repetir irrefletidamente a decisão anterior. Haverá casos e momentos em que pedirão uma reviravolta no enredo. O juiz, tal qual um bom romancista, não poderá ignorar os dados anteriores, e, com o cuidado de um atento continuísta, deverá inovar sem ignorar a decisão anterior, argumentando por que a história demandou uma nova decisão.

²⁹⁷ MARINONI, 2012a, pp. 616.

²⁹⁸ BRANCO, Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1444.

²⁹⁹ FINE, 2011, p. 76.

Isso não significa tampouco que possa negar a decisão anterior simplesmente porque a considera isoladamente errada. "if the doctrine of precedent means anything, it clearly does not allow a justice to overrule a former decision simply because he or she believes that it was wrongly decided"³⁰⁰.

Mas, em contrapartida, o respeito ao precedente não deve servir, por si só, como uma boa razão para recusar a revogação de um precedente decidido erroneamente em casos envolvendo direito constitucional³⁰¹.

Em interessante pesquisa realizada por Brenner e Spaeth, observou-se – o que não soaria intuitivo – que mais da metade das decisões "overruled" nos EUA sobreviveram menos de 20 anos³⁰². Ou seja, mesmo lá, em que vige o *stare decisis* em sua plenitude, a perenidade dos precedentes é relativa. Importante anotar também que sessenta e quatro por cento das revogações tiveram fundamentos constitucionais.

Ou ainda, mesmo na Inglaterra, em que a força obrigatória dos precedentes já foi de uma rigidez quase hermética, sempre houve exceções, a fim de que se encontrasse o ponto de equilíbrio entre a extrema rigidez e a extrema flexibilidade³⁰³.

Em direito constitucional, fala-se em mutação (numa síntese bem simples) quando, por via da interpretação, muda-se o sentido da norma, em contraste com o entendimento anterior, seja, segundo Barroso, pela mudança da realidade social,

³⁰⁰ BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 1995, p. 8, (tradução livre) "se a doutrina do precedente significa alguma coisa, ela claramente não permite uma justiça para revogar uma decisão anterior simplesmente porque ele ou ela acredita que foi decidido de forma errada." Alguns estudos, inclusive, mostram a grande influência ideológica nas decisões que revogam um precedente: CROSS, Frank B.; SMITH, Thomas A.; TOMARCHIO, Antonio. Determinants of cohesion in the Supreme Court's Network of Precedents. In: University of Texas Law. **Law and Economics Research Paper** n.º 90, agosto, 2006. SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G. Explaining the Overruling of U. S. Supreme Court. In: **Papers presented in the center for the study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series**. Center for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program, Paper 9, University of California, Berkeley, 2002

³⁰¹ STANDLER, Ronald B. **Overruled**: Stare Decisis in the U. S. Supreme Court, jul/2009, p. 35. Disponível em <http://www.rbs2.com/overrule.pdf>, acesso em 23/11/2013. E também: "The doctrine of stare decisis is not a vehicle for perpetuating error, but rather a legal concept which responds to the demands of justice and, thus, permits the orderly growth process of the law to flourish." ALDISERT, Ruggero J. Precedent: what it is and what it isn't; when do we kiss it, when do we kill it? In: 17 **Pepperdine Law Review** 3 (1990). Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol17/iss3/2>, acesso em 24.11.2013

³⁰² BRENNER; SPAETH, *Op. cit.*, 1995, p. 47.

³⁰³ PORTES, Maíra. Instrumentos para Revogação de Precedentes no Sistema de *Common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR. 2ed. **Jus Podium**, Belo Horizonte, 2012b, p. 183-206, pp. 185.

seja pela nova percepção do Direito em virtude da alteração dos valores da sociedade³⁰⁴. Mesmo a mutação, no entanto, possui limites: as possibilidades semânticas do texto e a preservação dos princípios fundamentais que dão identidade à Constituição³⁰⁵.

A doutrina dos precedentes, por sua vez, desenvolveu ao longo do tempo técnicas de revogação e flexibilização de precedentes, as quais passa a ser analisadas rapidamente.

Distinguishing denota a "desconsideração do precedente em virtude de alguma diferença jurídica relevante na base de fato (ou jurídica) dos dois casos"³⁰⁶. Os fatos diversos, então, revelam que a questão de direito também merece solução diversa.

A aproximação ou diferenciação dos casos depende, portanto, dos fatos alegados e das razões jurídicas consideradas³⁰⁷. O "distinguishing" (ou distinção, em português) milita, assim, a um só tempo, para a estabilidade e para o desenvolvimento do direito³⁰⁸.

Segundo Eisenberg, o "distinguishing" pode ter dois formatos. Um envolve estabelecer a regra do precedente, anunciando a técnica utilizada e mostrando que a regra anunciada é irrelevante para o caso em questão. A segunda consiste em transformar, por meio das diferentes formas de abordagem da *ratio* (minimalista ou pragmática), a regra do precedente que inicialmente conflitue com a proposta de decisão da corte, a fim de acabar com esse conflito³⁰⁹.

A teoria da derrotabilidade, segundo a qual, toda norma jurídica levaria consigo exceções implícitas³¹⁰ tem aqui especial aplicação, pois, por meio da técnica

³⁰⁴ BARROSO, 2009, p. 130; 136.

³⁰⁵ *Ibid.*, p. 127. Para uma análise mais aprofundada sobre o tema: DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

³⁰⁶ SILTALA, 2000, p. 73, (trad. Livre) "*Distinguishing* denotes the disregard of a precedent with reference to some legally relevant dissimilarity in the factual (or legal) basis of the two cases."

³⁰⁷ MARINONI, 2011, p., 270

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 333.

³⁰⁹ EISENBERG, 1988, p. 62.

³¹⁰ TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43-57, p. 44.

da distinção, impõe-se a "derrota" da norma a partir da consideração de fatos distintos³¹¹.

Fala-se, a rigor, em "*defeasibility*", técnica específica ligada justamente ao conceito de regra legal. "Derrotar um precedente equivale a fazer uma exceção formal ao precedente vinculante, de modo que seu conteúdo de alguma forma é modificado ou revisto."³¹²

Siltala menciona, ainda, outras técnicas: *Outweighability*, algo como a ponderação de princípios, pois consiste justamente na hipótese de um princípio jurídico ser superado por um de maior peso no novo caso e o *Subsilencio overturning*, que denota um ato de revogação de precedente sem que isso seja deixado claro³¹³.

O *distinguishing*, na realidade, deixa intacta a *ratio* do caso primário devido a alguma divergência factual. Nas outras técnicas, entretanto:

[...] the precedent is declared invalid (overruled), an exception is made to it (defeated), or the legal principle/policy derived from the reasons of the prior case is outweighed by some countervailing reasons present in the later case (outweighed). In all those situations, the content of the original ratio of a case is thus modified.³¹⁴

Overruling, por sua vez, é uma espécie de *overtuning*³¹⁵, significando a invalidação formal de um precedente, quando nenhum fundamento razoável de distinção entre os dois casos puder ser produzido³¹⁶.

³¹¹ SGARBOSSA, Luís Fernando. O conceito de derrotabilidade normativa: noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 58-74, p. 63-66.

³¹² SILTALA, 2000, p. 74, (trad. Livre): "Defeating a precedent is equal to making an exception to a formally binding precedent, whereby its meaning-content is somehow modified or revised."

³¹³ *Ibid*, p. 74, (trad. Livre) "Outweighability (...) If a legal principle (or standard, or policy) is overridden by some stronger countervailing principle or principles in the new case, it is said to be outweighed by them. (...) Subsilencio overruling, for instance, would denote an act of overruling a precedent without stating the fact of doing so in open terms."

³¹⁴ *Ibid*, p. 74, (tradução livre) "o precedente é declarado inválido (anulado), uma exceção é feita para ele (derrotado), ou o princípio jurídico/política derivado das razões do caso anterior é compensado por algumas razões presentes no último caso (compensado). Em todas as situações, o teor da razão inicial de um caso é modificado."

³¹⁵ EISENBERG, 1988, p. 132.

³¹⁶ SILTALA, *Op. cit.*, 2000, p. 73: "Overruling means the formal Invalidation of a precedent, when no reasonable ground for distinguishing the two cases can be produced."

A possibilidade de revogação do precedente imprime flexibilidade, "sem que isso represente uma ruptura significativa com o sistema de precedentes obrigatórios"³¹⁷.

É que o sistema, como visto, deve permitir consistência e flexibilidade:

*But there cannot be legal and constitutional stability without a trusted judiciary genuinely independent of partisan involvement and political favour. That judiciary must have interpretative power of a far-reaching kind. The best check on its use of power is the fullest publicity in what it does, including a **serious level of pressure for consistency of decision over time, yet without inflexibility in face of changing social, political, technological, and economic circumstances.***³¹⁸

Para Marinoni, deve-se realizar o *overruling* quando se percebe com nitidez o seu erro e nada justifica a opção pela estabilidade. Mas este erro não é apenas a demonstração de um fundamento melhor. São casos em que a mudança tecnológica ou dos valores sociais – que não se confundem com uma nova configuração da causa de pedir concernentes à coisa julgada – impõem a reconfiguração da doutrina ou da teoria que fundamenta o precedente³¹⁹.

Toni Fine destaca os fatores que a Suprema Corte considera para revogar seus precedentes:

1. As regras mostraram-se impossíveis de aplicar na prática.
2. A regra está sujeita a um tipo de condicionante que trará uma dificuldade ou iniquidade se for revogada
3. Um princípio legal sofreu tantas mudanças que transformou a regra antiga em nada além de uma 'reminiscência de uma doutrina abandonada'.
4. Os fatos mudaram tanto, ou passaram a ser interpretados de forma tão diferente, que a norma original perdeu uma aplicação ou justificativa significativa³²⁰.

Revogar um precedente, no entanto, é algo drástico. A mudança no precedente não pode causar uma *surpresa injusta* (*unfair surprise*), nem ocasionar um tratamento não isonômico entre pessoas que se encontram temporalmente em

³¹⁷ PORTES, 2012b, pp. 189.

³¹⁸ MACCORMICK; SUMMERS, 1997, p. 537, g.n., tradução livre: "Mas não pode haver estabilidade jurídica e constitucional, sem um Judiciário confiável genuinamente independente do envolvimento partidário e favores políticos. Esse Judiciário deve ter poder interpretativo de grande alcance. O melhor controle sobre o uso desse poder é a publicidade mais ampla do que faz, incluindo um nível grave de pressão para manter a consistência das decisões ao longo do tempo, mas sem inflexibilidade diante da mudança das circunstâncias sociais, políticas, tecnológicas e econômicas."

³¹⁹ MARINONI, 2011, p. 116-117.

³²⁰ FINE, 2011, p. 85.

situações semelhantes, devendo a alteração do precedente ser sinalizada (*signaling*) pela Corte³²¹. Caso contrário, os próprios valores da *stare decisis* restariam comprometidos, especialmente a previsibilidade³²².

Assim, também foram criadas algumas técnicas para evitar justamente o efeito retroativo da revogação de um precedente, protegendo a confiança justificada.

Uma dessas técnicas é o "prospective overruling", que consiste na modulação dos efeitos da revogação para que esta só seja aplicada a partir da nova decisão. Interessante notar que, neste caso, a parte que pretende ter um precedente revogado pode, apesar de ser bem-sucedida neste intento, não lograr sair vitoriosa na causa, por entender a Corte que a revogação só se aplica a fatos futuros.³²³ Há também o "prospective prospective overruling", em que a nova regra é aplicada somente a partir de uma data futura específica³²⁴.

O *anticipatory overruling* não é bem uma modulação. São hipóteses em que as Cortes de Apelação antecipam-se ao *overruling* da Suprema Corte, tendo em vista a probabilidade de que este venha a ser revogado.

Há também desvantagens na modulação dos efeitos da revogação do precedente decorrentes das inconsistências de resultados, pois situações ocorridas antes da data prevista terão um tratamento diverso das situações iguais posteriores.

Assim, Eisenberg entende que as cortes devem ser cautelosas, não podendo assumir a existência uma confiança justificada sem uma consideração meticulosa da situação concreta referente às bases dos seus atores³²⁵.

Harris, por sua vez, estabelece quatro restrições que devem ser observadas na revogação dos precedentes: 1) a inexistência de novas razões ("no-new-reason

³²¹ MITIDIERO, 2012, pp. 137.

³²² Para uma discussão sobre os fundamentos da (não) retroatividade: HURLEY, S. L. Coherence, Hypothetical Cases and Precedent. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 10, n. 2, 1990, p. 221-251.

³²³ CROSS, 1977, p. 233.

³²⁴ EISENBERG, 1988, p. 128.

³²⁵ *Ibid.*, p. 129. Abboud rechaça a utilização de premissas utilitaristas na modulação de efeitos, "porque elas têm o condão de transformar a técnica de limitação de efeitos em instrumento apto a premiar o comportamento irresponsável ou desleal das autoridades públicas, desconfigurando a concepção que propomos para a modulação dos efeitos consistente na preservação dos direitos fundamentais do cidadão dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade e nunca o contrário." (ABBOUD, 2011, p. 279)

princípio³²⁶); 2) o princípio da confiança justificada ("justified reliance"³²⁷); 3) o respeito ao Legislativo ("comity with the legislature"³²⁸). e o 4) princípio da irrelevância ("mootness"³²⁹). Os três últimos princípios são, segundo ele, adotados por Hércules, tendo em vista a dimensão de respeito ao devido processo, justiça e equidade. Pondera, porém, que, embora Hércules possa recusar-se a atender ao primeiro princípio, pois possui sabedoria sobre-humana, este não é o caso dos demais juízes³³⁰.

Ainda, na definição de Eisenberg, "Overruling occurs when a court fully overturns an established doctrine and announces that it has done so"³³¹. Para ele, haveria apenas dois princípios básicos concernentes ao *overruling*, de modo que o precedente deve ser revogado se (1) não satisfizer normas de congruência social e consistência sistêmica e se (2) os valores subjacentes às normas de estabilidade dos precedentes e os princípios do *stare decisis* – imparcialidade, proteção da confiança justificada, prevenção de surpresas injustas, replicabilidade e suporte – não forem melhor servidos pela manutenção do precedente do que pela sua revogação³³². É que os princípios podem ser infirmados ao longo do tempo, pelas inúmeras exceções colocadas ao precedente, pela crítica doutrinária e pelo enfraquecimento do próprio precedente em outras cortes, de modo que é plausível esperar-se pela sua revogação.

³²⁶ HARRIS, J. T. Towards Principles of Overruling - when should a final court of appeal second guess? In: **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 10, No. 2 (Summer, 1990), pp. 159. "When all the reasons canvassed for or against a proposition of law in the instant case were also canvassed in the decision under review, then what remains for the judge is a subjective weighing of them one against the other"

³²⁷ *Ibid*, pp. 169. "If it seems likely that a class of the citizenry, as distinct from the executive, have acted on the basis of the law laid down in an earlier decision, they have a reliance interest which tells against exercising the overruling power; and such justified reliance may, in principle, be shown to exist in relation to any department of the law."

³²⁸ *Ibid*, pp. 178. "If legislation subsequent to the impugned decision constitutes convincing evidence of a Parliamentary intention that the ruling it laid down should continue to be law, it would constitute lack of proper judicial co-operation if the House were nonetheless to ordain that the ruling shall not be law".

³²⁹ *Ibid*, pp.180 "According to the doctrine, courts should not undertake review and development of the law where to do so would have no bearing on any litigated dispute."

³³⁰ *Ibid*, pp. 194-195.

³³¹ EISENBERG, 1988, p. 104, (tradução livre) "Overruling ocorre quando a Corte supera totalmente uma doutrina estabelecida e anuncia que fez isso."

³³² *Ibid*., p. 104-105.

Ainda, menciona-se a técnica do *undermining* praticada nas cortes inglesas e que consiste numa técnica de esvaziamento da autoridade do precedente³³³. Com esses sinais, não se pode falar em surpresa injusta.

Sem esses sinais de enfraquecimento do precedente, no entanto, Eisenberg considera difícil revogar o precedente, sendo possível a utilização de técnicas de "partial overturning", como o "drawing" e a "inconsistent distinction", autorizando que outras cortes superem, a partir daí, o precedente, ainda que permita que a Corte volte atrás quanto à revogação³³⁴. São técnicas de sinalização, a fim de preservar a confiança no precedente, mas advertindo quanto à sua possível revogação. Utiliza uma metáfora parecida com a do romance em cadeia para justificar o *overruling*:

Certainly this models describes many instances of overruling, particularly those in which overruling is preceded by a course of inconsistent distinctions. In other cases, however, overruling results in a sharp discontinuity in the history of a doctrine, at least if that history is written separately for each state. (...)

*Therefore, even when overruling seems discontinuous if we read history microscopically by looking only at the precedents of the local jurisdictions, continuity will probably be found if we read history through a lens that takes in professional criticism and national law.*³³⁵

Por sua vez, "*transformation* occurs when a court fully overturns an established doctrine but does not announce that it has done so." É apenas formalmente distinta do *overruling*, porque neste a revogação é explícita, naquela, não. A clareza do *overruling* conduz de maneira mais provável ao desenvolvimento da nova regra, ao contrário da deliberada natureza opaca da *transformation*³³⁶.

³³³ PORTES, 2012b, pp. 195.

³³⁴ EISENBERG, 1988, p. 121. The drawing of inconsistent distinctions "resembles overruling and transformation in that it involves overturning an established doctrine that substantially fails to satisfy the standards of social congruence and systemic consistency", mas, como no overruling, a revogação é apenas parcial, pois implica a subsistência de casos em que o precedente será aplicado, seja por que o distinguishing não é totalmente abrangente, seja porque não pode ser administrado de uma forma coerente. (p. 136)

³³⁵ *Ibid.*, p. 126-127, (tradução livre) "Certamente este modelos descrevem muitos casos de *overruling*, particularmente aqueles em que a revogação é precedida por um ciclo de 'distinções inconsistentes'. Em outros casos, no entanto, a revogação resulta em uma descontinuidade acentuada na história doutrinária, pelo menos se a história é escrita separadamente por cada estado. (...) Portanto, mesmo quando a revogação parece descontínua, se lermos a história microscopicamente, observando-se apenas os precedentes das jurisdições locais, a continuidade provavelmente será encontrada se lermos a história através de uma lente que considera a crítica profissional e o direito nacional."

³³⁶ *Ibid.*, p. 132-134, (tradução livre) "A *transformação* ocorre quando o tribunal subverte totalmente uma doutrina estabelecida, mas não anuncia que fez isso."

Há, ainda, o *overriding* que ocorre "when a court narrows the ambit of an established doctrine in favor of a rule that has arisen after the earlier doctrine was established". Trata-se de uma restrição parcial à incidência do precedente. A nova regra não pode ser conciliada com a regra antiga, ficando entre o *overruling* e a *transformation*, porque não é explícito e porque frequentemente a revogação é apenas parcial. Se não o for, é chamado de *implied overruling*³³⁷.

Neste ponto, fazendo referência ao direito como integridade de Dworkin e a conciliação das inúmeras técnicas de revogação, sinalização e distinção, Eisenberg sustenta que a integridade não depende apenas da consistência dos resultados e efeitos, mas também do emprego consistente de princípios institucionais que geram esses efeitos. Isso porque a corte deseja preservar a impressão de estabilidade dos precedentes, mas pode acreditar que lhes falta congruência social e consistência sistêmica, sem estar segura, tampouco, que essa crença é correta, especialmente quando a própria doutrina ainda não lhes fez críticas substanciais³³⁸.

Na leitura de Siltala referente à comparação do trabalho do juiz ao do romancista em cadeia, entende que o direito como integridade equivale à ideia de reconstruir e continuar a meta-narrativa prevalecente do direito e da sociedade de maneira que o resultado jurídico para o caso individual e as decisões anteriores, quando lidas em conjunto, apresentem-se de forma tão coerente quanto possível a uma narrativa sob as luzes dos valores institucionais e sociais envolvidos.

Segundo Siltala e como se sustenta neste trabalho, um autor de um romance (de ficção), escrito por uma ou várias mãos, pode sempre trazer uma reviravolta imprevisível à narrativa, sem as quais, aliás, estórias de detetive e outras ficções criminais dificilmente seriam possíveis. A maioria das outras ficções também perderia seu compasso se o curso futuro dos eventos fosse totalmente previsível antecipadamente. De maneira similar, o juiz sempre tem a possibilidade de alterar um precedente em favor de uma regra totalmente diferente. A estrutura narrativa impõe restrições ao futuro coautor do romance em cadeia apenas até um certo ponto:

³³⁷ EISENBERG, 1988, p. 135-136, (tradução livre) "Quando um tribunal limita o âmbito de uma doutrina estabelecida em favor de uma norma que tenha surgido posteriormente."

³³⁸ *Ibid*, p. 137-140.

*As a consequence, a judge who is to rule on the facts of a case always has the final say on how to construct and read the law within the legal tradition, as defined by the prevailing conception of the institutional and societal sources of law and the models of legal reasoning acknowledged in the community. The judge may opt for a novel reading of the ratio decidendi of a prior precedent, turning the previously settled conception of ratio/dicta dichotomy in that case into a wholly new direction. In a chain novel effort, that would count as a fully unexpected turn in the narrative. Moreover, a judge may explicitly overrule or bluntly disregard a perfectly valid precedent, which would correspond to the act of effecting a by-plot or sidetrack in the chain-novel or turning the prior course of action in the novel upside down.*³³⁹

Dessa forma, as revogações dos precedentes fazem parte da estrutura narrativa do romance em cadeia. Essa estrutura, no entanto, deve ser coerente com a narrativa anterior, de modo que os fatos sejam plausíveis, ainda que diferentes do que se esperava. E deve ser fundamentada: "quem resolve abandonar um precedente, assume o ônus da argumentação."³⁴⁰ Um ônus de escrever uma história coerente e coesa.

É por isso que a *common law* construiu vários métodos de revogação de precedentes. Todas essas técnicas (e outras tantas) – aqui apenas tangenciadas – foram desenvolvidas ao longo do tempo para permitir a flexibilidade do sistema sem comprometer a sua estabilidade e previsibilidade. Sem comprometer, afinal, a integridade.

Um juiz comprometido eticamente tem Hércules como referência de que "the degree of coherence attained in reading a series of precedents, other judicial decisions, or statutes may best be critically evaluated. Under such deliberative terms, even the claim of attaining one right answer to a legal problem is possible."³⁴¹

³³⁹ SILTALA, 2011, p. 65-66, (tradução livre) "Como consequência, um juiz que vai decidir sobre os fatos de um caso sempre tem a palavra final sobre como construir e ler o direito dentro da tradição jurídica, tal como definido pela concepção dominante das fontes jurídicas institucionais e sociais e dos modelos de raciocínio jurídico reconhecidos na comunidade. O juiz pode optar por uma nova leitura da *ratio decidendi* de um precedente anterior, transformando a concepção anteriormente assentada da dicotomia *ratio/dicta* em uma direção totalmente nova. Em um romance em cadeia, isso contaria como uma reviravolta totalmente inesperada na narrativa. Além disso, um juiz pode explicitamente revogar ou abruptamente desconsiderar um precedente perfeitamente válido, o que corresponderia ao ato de realizar uma trama ou desvio do romance em cadeia ou virar de cabeça para baixo o seu anterior curso de ação."

³⁴⁰ BRANCO et. al., 2007, p. 73. Nas palavras de Lyons: "We are free to reject judgments that we made in the past, if they can no longer be supported by the standards we now accept; indeed, we are bound by the constraint of consistency to do so." (LYONS, David. Formal Justice and Judicial Precedent. In: Vanderbilt Law Review, vol. 38, 1985, pp 495-512, p. 508)

³⁴¹ SILTALA, *Op. cit.*, 2011, p. 67, (tradução livre) "O grau de coerência alcançado na leitura de uma série de precedentes, de outras decisões judiciais, ou estatutos pode ser melhor avaliada criticamente. Sob tais termos deliberativos, mesmo a proposta de alcançar uma resposta certa para um problema jurídico é possível."

Siltala, no entanto, como já visto, critica Dworkin porque entende que existe sempre mais de uma maneira de se construir a coerência interna e porque não há uma maneira de se comprovar se os critérios de integridade foram encontrados. Segundo ele, a linguagem de Dworkin é muito abstrata e metafórica, havendo muito pouca análise jurídica sóbria na abordagem dworkiana da deliberação jurídica do juiz, referindo a proposta de Dworkin nos mesmo moldes de Hart, como um "nobre sonhador", propondo uma abordagem mais modesta de uma narrativa em menor escala e mais concreta³⁴². É o que se pretende fazer ao se analisar o caso específico do direito à assistência social.

Antes, no entanto, para entender precisamente o "romance em cadeia" que foi escrito acerca do direito à assistência, algumas ligeiras considerações acerca do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro merecem ser feitas.

3.4 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. O SINCRETISMO BRASILEIRO.

O Brasil adota um sistema de controle de constitucionalidade misto. Desde a Constituição de 1891, filiou-se à tradição de controle difuso norte-americano, o *judicial review* do célebre caso *Marbury versus Madison*³⁴³ (1803), de modo que todo juiz, na decisão dos casos concretos, tem o poder-dever de controlar a constitucionalidade das normas. É o que se extrai, de todo modo, da norma do art. 5º, XXXV, da Constituição de 1988.

Desde a Constituição de 1934, adota também o sistema europeu (ou austríaco, kelseniano) de controle concentrado por meio de um órgão jurisdicional superior, o Supremo Tribunal Federal. A Constituição de 1988, doravante CF/88, ampliou sobremaneira o rol de legitimados, previsto no art. 103.

³⁴² SILTALA, 2011, p. 67; 71; 73.

³⁴³ Embora célebre e reconhecido como o *leading case* do *judicial review*, essa construção não foi ocasional e sequer isolada, havendo outros casos que lhe antecederam (como *Kemper v. Hawkins*). Teria, na verdade, um papel coadjuvante no drama maior acerca do lugar do Judiciário no governo americano. Marshall não foi tão original. (KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review**. Oxford University Press, 2004, p. 114 e ss.) E Cappelletti: "Se esta corajosa, decidida afirmação de John Marshall efetivamente iniciou, na América e no mundo, algo de novo e de importante, ela foi, porém, ao mesmo tempo, como já me parece ter exaustivamente demonstrado, não um gesto de improvisação, mas antes um ato amadurecido através de séculos de história: história não apenas americana, mas universal." (CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ªed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984, p. 63)

Zaneti Jr. refere-se ao "paradoxo metodológico" derivado dessa dupla influência³⁴⁴. Certamente, traz várias dificuldades.

O Brasil acolheu a tradição norte-americana apenas parcialmente, pois não se preocupou em adotar o sistema de precedentes obrigatórios (senão desde a EC n.º 45/2004, por meio da defeituosa súmula vinculante³⁴⁵), porque, supostamente, seria incoerente com o sistema processual romano-germânico. Dessa forma, pondera Cappelletti, a introdução do método "americano" nos sistemas de *civil law* leva a consequência de que uma mesma disposição de lei pode não ser aplicada, porque julgada inconstitucional, por alguns juízes, enquanto poderia, ao invés, ser aplicada, porque não julgada em contraste com a Constituição, por outros. E poderia acontecer (como de fato acontece) que o mesmo órgão judiciário que, ontem, não tinha aplicado uma determinada lei, ao contrário, a aplique hoje, tendo mudado de opinião sobre o problema de sua legitimidade constitucional. Essa consequência, anota, é extremamente perigosa para os indivíduos como coletividade e para o Estado, sendo um grave situação de incerteza do direito³⁴⁶.

O regime dos precedentes, por outro lado, pode, como visto, conferir isonomia, segurança jurídica e coerência às decisões judiciais, a fim de que casos iguais tenham soluções iguais. E ainda, possui técnicas de revogação que permitem dinamicidade ao sistema.

Para Cassius Chai, a própria distinção ontológica do controle de constitucionalidade abstrato e concreto compromete a compreensão de uma sociedade que se afirma democrática de direito e a construção de uma identidade constitucional. Aquele, apondo-se como um processo de natureza objetiva, descompreende a percepção subjetiva dos interesses sob exame³⁴⁷.

Como explica Marinoni, os precedentes do controle concentrado se limitam a oferecer as razões pelas quais determinada norma é inconstitucional ou constitucional, declarando a sua (in)constitucionalidade; ao contrário daqueles

³⁴⁴ ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo Constitucional**: o modelo constitucional do processo civil brasileiro. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007, p. 23.

³⁴⁵ "A Súmula vinculante, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão do Tribunal." (ABBOUD, 2011, p.361)

³⁴⁶ CAPPELLETTI, 1984, p. 77-78.

³⁴⁷ CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007, p. 220-221

oriundos de recurso especial e extraordinário, tais precedentes não são individuais e concretos³⁴⁸, ressaltando-se, no entanto, o caso (controverso) da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF.

A declaração em controle difuso, por sua vez, não tem, em princípio, eficácia *erga omnes*, tendo efeito apenas entre as partes, cabendo eventualmente ao Senado Federal suspender a execução do ato normativo declarado inconstitucional pelo STF em procedimento concreto (CF, art. 52, X).

Verifica-se, no entanto, uma tendência de objetivação das decisões do Plenário do STF em controle concreto³⁴⁹, a fim que os seus motivos determinantes tenham eficácia vinculante.

Essa aliás, seria, para Streck, a forma privilegiada de controle de constitucionalidade, pois este não se pode dar "fora do mundo prático"³⁵⁰. As regras não existem por si, abstratamente. Ignorar o caráter objetivo atual do controle de constitucionalidade difuso é ignorar a realidade e deixar que o STF – o mais perto que temos de um Corte Constitucional – pronuncie palavras lançadas ao vento. Barroso sustenta, assim, que a necessidade de intervenção do Senado é um anacronismo³⁵¹.

Não devem ser estas palavras novos dogmas. O que se pretende é que elas adiram ao romance e passem como tal a serem trabalhadas, enfrentadas, superadas ou, quiçá, ratificadas. O que se pretende é coerência. É a responsabilidade e o cuidado. O apego aos institutos processuais – coisa julgada, eficácia da sentença – é o apegar-se à forma pela forma. Não é disso que se trata quando se fala em precedentes. Trata-se, sim, de fincar a Constituição à realidade e o processo ao direito material.

³⁴⁸ MARINONI, 2012a, pp. 604.

³⁴⁹ Seu maior defensor é o Ministro Gilmar Mendes, cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 376852 MC**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 27/03/2003, DJ 13-06-2003 PP-00011 EMENT VOL-02114-05 PP-00853).

³⁵⁰ STRECK, 2009, p. 104. Há, no entanto, vozes contrárias à objetivação do controle concreto: NERY JR, Nelson. Prefácio. In: ABOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 13.

³⁵¹ BARROSO, 2012a, p. 155.

3.5 A COISA JULGADA NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

No livro referência sobre o tema no Brasil, "*Precedentes Obrigatórios*", o professor Luiz Guilherme Marinoni, ao abordar a questão da compreensão da *ratio decidendi*, e se referir à doutrina alemã trazida ao Brasil pelo Ministro Gilmar Mendes da "eficácia transcendente da motivação", distingue-a do instituto da coisa julgada *erga omnes* no controle concentrado de constitucionalidade:

[...] falar em coisa julgada *erga omnes* dos fundamentos da decisão seria baralhar os institutos, já que os objetivos perseguidos com a coisa julgada e com a obrigatoriedade de respeito aos fundamentos não só não se confundem, como exigem conceitos operacionais e metodologias diversos.³⁵²

A decisão de (in)constitucionalidade deve, sim, servir a outro caso em que se impugne norma similar, mas isso deve-se não à abrangência da coisa julgada, mas à eficácia vinculante dos fundamentos da decisão, não impedindo que o próprio órgão reaprecie a matéria³⁵³.

Anota Marinoni, como visto, que a eficácia vinculante do precedente não significa que diante da (i) alteração da realidade social, (ii) da evolução da tecnologia e da (iii) transformação da compreensão do direito — o que, segundo ele, não se confunde com o mero repensar o direito —, o precedente não possa ser revogado pela perda de consistência de seus fundamentos. No entanto, expressamente ressalva: "Pode revogar, note-se bem, as *rationes decidendi* das suas decisões."³⁵⁴ E pondera em nota:

Outra situação diz respeito a se saber se a coisa julgada, relativa a decisão de constitucionalidade, impede que o Supremo Tribunal Federal, mais tarde, chegue a conclusão de que a norma, então declarada constitucional, é inconstitucional. Neste caso, o problema toca no tema da coisa julgada material e não na questão da *ratio decidendi* ou da eficácia vinculante dos motivos determinantes da decisão de (in)constitucionalidade.³⁵⁵

É que, como pondera mais adiante:

³⁵² MARINONI, 2011, p. 278.

³⁵³ BARROSO, 2012a, p. 231.

³⁵⁴ MARINONI, *Op. cit.*, 2011, p. 279

³⁵⁵ *Ibid.*, p. 278.

[...] todos sabem que a modificação da interpretação do direito não permite a correção da decisão qualificada pela coisa julgada material e, assim, a garantia constitucional da segurança jurídica.

A questão é importante, particularmente por demonstrar que se está diante do problema da eficácia temporal dos efeitos obrigatórios dos precedentes e que esta eficácia temporal não se confunde com a eficácia temporal da coisa julgada.³⁵⁶

É sobre essa questão que se pretende tratar neste item, porque tem especial importância para o caso da assistência social.

No controle concentrado, é o dispositivo da decisão que possui eficácia vinculante e *erga omnes*:

O conceito de eficácia contra todos, eficácia geral ou eficácia *erga omnes*, como é mais comumente tratada, pode ser entendido como a extensão dos efeitos da sentença em controle de constitucionalidade concentrado a todos os destinatários da norma, de maneira a conferir-lhe o mesmo caráter generalizante da norma em si. E, por incidir sobre o dispositivo da sentença, confere também à coisa julgada formada naquela ação abstrata a qualidade de imutabilidade da decisão acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade da norma, o que impede que a questão seja novamente suscitada perante a Corte Suprema³⁵⁷.

A coisa julgada é a "imutabilidade da declaração judicial"³⁵⁸. É uma qualidade, diferente de eficácia, "potencialidade (virtualidade) que lhe é atribuída, para produzir *efeitos*"³⁵⁹, embora nem sempre se faça corretamente essa distinção. Desse modo, se a decisão em controle de constitucionalidade concentrado faz coisa julgada, seria vedado, em princípio, a rediscussão da matéria.

Isso em princípio. Para Clèmerson Clève, é possível, sim, que uma norma declarada constitucional possa, amanhã, ser considerada inconstitucional, havendo

³⁵⁶ MARINONI, 2011, p. 278.

³⁵⁷ PORTES, Maira. Eficácia *erga omnes* e coisa julgada: aspectos da jurisdição constitucional brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). A força dos precedentes. 2ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2012a, p. 421. No entanto, "o efeito erga omnes não é exclusivo da jurisdição constitucional; as sentenças proferidas em ação civil pública, caso tutelem interesse difuso, também terão efeito erga omnes (cf. CDC, art. 103). Provimentos oriundos do STJ também poderão adquirir efeito vinculante, no que diz respeito à possibilidade de se manejar a reclamação para garantir a eficácia e a autoridade desses provimentos (CF/1988, art. 105, I, f)." (ABBOUD, 2011, p. 125)

³⁵⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 661.

³⁵⁹ *Ibid.*, p.664.

novas circunstâncias fáticas ou alteração da realidade normativa³⁶⁰. Isso porque, segundo Barroso:

[...] a declaração de inconstitucionalidade opera efeito sobre a própria lei ou ato normativo, que já não mais poderá ser validamente aplicada. Mas, no caso de improcedência do pedido, nada ocorre com a lei em si. As situações, portanto, são diversas e comportam tratamento diverso. Parece totalmente inapropriado que se impeça o Supremo Tribunal Federal de reapreciar a constitucionalidade ou não de uma lei anteriormente considerada válida, à vista de novos argumentos, de novos fatos, de mudanças formais ou informais no sentido da Constituição ou de transformações na realidade que modifiquem o impacto ou a percepção da lei³⁶¹

A partir da doutrina de Hans Brox – que será novamente invocada no voto da assistência social –, Gilmar Mendes também admite a nova decisão, desde que haja uma nova questão: "uma mudança no conteúdo da Constituição ou da norma objeto de controle"³⁶².

Anota Portes que a causa de pedir no controle concentrado é considerada aberta, o que inviabilizaria a tese de que novos argumentos pudessem ser novamente deduzidos, presumindo-se que o órgão julgador enfrentou a questão sob todos os enfoques possíveis, esgotando qualquer argumentação futura³⁶³. Contudo, invocando justamente a doutrina de Gilmar Mendes, sustenta que:

[...] as normas constitucionais, por representarem a consolidação de determinados valores e princípios vigentes no momentos em que foi promulgada a Constituição, estão sujeitas à modificação de seu sentido, em face de mudanças ocorridas nas circunstâncias fáticas ou das concepções jurídicas em determinada época, assim como o conteúdo das normas infraconstitucionais.

(...)

A possibilidade de reapreciação da constitucionalidade da norma visa proporcionar um processo equilibrado de desenvolvimento constitucional, de maneira que as leis representem, em sua totalidade, o conteúdo atual da Constituição, e não o parâmetro utilizado no momento em que se aferiu sua constitucionalidade³⁶⁴.

³⁶⁰ CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ed. São Paulo: RT, 2000, p. 306.

³⁶¹ BARROSO, 2012a, p. 227.

³⁶² BRANCO; MENDES, 2012, p. 1434-1436. No mesmo sentido: ABBoud, 2011, p. 159.

³⁶³ PORTES, 2012a, p. 425.

³⁶⁴ *Ibid.*, p. 425-426.

Na verdade, a ideia de causa de pedir aberta do controle concentrado parece ser uma manipulação meramente retórica, pois já bastaria em tese, se essa fosse a intenção, o efeito preclusivo da coisa julgada em relação aos fundamentos deduzidos e dedutíveis, transformando todos os argumentos em dedutíveis³⁶⁵.

Na realidade, o instituto da coisa julgada, necessário à estabilidade das decisões no processo subjetivo, não é, como se vê, adequado ao processo constitucional. Ou uma decisão que declara a constitucionalidade de uma norma não pode ser rediscutida, uma vez alterada a realidade e(ou) os valores da sociedade, com a mudança na tecnologia ou a transformação da concepção jurídica?!

Enfaticamente, adverte Marinoni: "...é preciso ter consciência de que o instituto da eficácia preclusiva da coisa julgada é incompatível com a ação direta de (in)constitucionalidade."³⁶⁶

O foco deveria estar, ao invés, na força obrigatória da decisão como precedente, adotando-se, de forma coesa, a experiência da *common law* para lhe conferir flexibilidade. A questão, então, adverte Marinoni, deve ser tratada como hipótese de superação de precedente e não de descon sideração da coisa julgada³⁶⁷. Ou, se é para se manter apegado a institutos tradicionais, entender-se que as condições que autorizam a revogação dos precedentes constituem alterações do estado de fato ou estado de direito constituindo novas causas de pedir, tal como se elaborou a doutrina da coisa julgada *rebus sic stantibus* para as relações jurídicas de trato sucessivo, fundada no art. 471, I, do CPC. Trata-se de uma hipótese de inconstitucionalidade superveniente.

Certo é que a nova declaração de inconstitucionalidade não atingirá relações já protegidas pela coisa julgada subjetiva, ainda que incida imediatamente³⁶⁸.

O problema maior, no entanto, é que, ao se considerar apenas a parte dispositiva da decisão, simplesmente se retira a sua força de precedente, pois este reclama a análise da *ratio* dessa decisão³⁶⁹.

Pois bem, é esse sincretismo do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro e o apego a determinados institutos processuais que tornam confusa a

³⁶⁵ MARINONI, 2011, p. 300-301.

³⁶⁶ *Ibid*, p. 301.

³⁶⁷ *Ibid*, p. 301.

³⁶⁸ *Ibid*, p. 308.

³⁶⁹ *Ibid*., p. 259-260.

construção de uma teoria dos precedentes e faz com que o julgador tenha que manipulá-los, a fim de permitir a desejada dinamicidade. Como essa manipulação soa forçada, essa dinamicidade não vem, como na *common law*, acompanhada da credibilidade no sistema. A análise do caso da assistência social permitirá compreender essa tensão.

Eis, portanto, o percurso até agora. Foram estabelecidas as premissas necessárias para entender por que a discussão travada aqui é urgente. Evidenciadas a crise das fontes e a insuficiência da lei para, tamanha a sua abstração, dar conta da complexidade da realidade e daqueles que ficam numa zona à margem dessa legalidade. Foram estabelecidas as premissas necessárias para entender como a discussão travada pode ser enfrentada, reclamando a eticidade reflexiva do intérprete na busca pela resposta certa a partir do direito como integridade e como esta compreensão demanda a adequação (*fit*) de uma doutrina dos precedentes que possa, ao mesmo tempo, imprimir coerência e flexibilidade à densificação dos direitos pelas decisões judiciais.

Pois bem, eis a hora de partir para a materialidade (*justification*) dessa eticidade reflexiva pautada na concretização dos direitos fundamentais. Neste caminho, tentar-se-á fugir das obviedades e de conceitos já desgastados – quiçá banalizados – e de classificações desnecessárias.

“Era uma sorte ruim, mas Fabiano desejava brigar com ela e vencê-la. Não queria morrer. Estava escondido no mato como tatu. Duro, lerdo como tatu. Mas um dia sairia da toca, andaria com a cabeça levantada, seria homem.”
(Graciliano Ramos - “Vidas secas”)

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS (JUSTIFICATION)

4.1 A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos fundamentais³⁷⁰ sociais são lugar privilegiado para a análise ora proposta, pois as decisões judiciais têm papel ímpar na sua densificação normativa.

Nas questões concernentes ao direito à moradia (RE n.º 407688, referente à penhorabilidade do bem de família do fiador), ao direito à educação (ADI n.º 3330, sobre a constitucionalidade do PROUNI; ADPF n.º 186, sobre a política de cotas nas Universidades públicas; RE n.º 410715, sobre o direito à educação infantil), ao direito à saúde (Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n.º 175), teve o Supremo Tribunal Federal, ainda que se possa criticar o seu entendimento, papel fundamental na conformação concreta da Constituição, (re)definindo o conteúdo de cada direito.

E também isso aconteceu no caso do direito à assistência social, destacando-se o papel dos juízes na definição do seu conteúdo.

Anota-se, no entanto, um ponto de dificuldade do projeto de trabalhar Dworkin e direitos sociais. Dworkin serve como referencial metodológico. É uma ferramenta. Substancialmente, seria possível discutir a fundamentalidade dos direitos sociais para Dworkin, pois não estão previstos na Constituição americana, e, quanto à sua natureza, se não seriam, para ele, meras *policies*. Álvaro de Souza Cruz faz essa advertência, questionando se teria essa ferramenta pretensão de universalidade³⁷¹.

³⁷⁰ "Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição, e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo)." (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 77)

³⁷¹ CRUZ, 2011, p. 203-204. No mesmo sentido: SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 553-586, p. 581. O próprio Dworkin, no entanto, pondera: "the distinction between enumerated, or mentioned, rights on the one hand, and unenumerated, or unmentioned, rights on the other makes no sense when applied to the equal protection clause, the due process clause, or the other abstract clauses of the Constitution." (DWORKIN, Ronald. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. New York: First Vintage Books Edition: July, 1994, p. 130)

Serviria o direito como integridade como um padrão único?

Considera-se, porém, uma discussão inócua ou, ao menos, superada. No Brasil, estão previstos. Questões de justiça social foram juridicizadas³⁷². Se são direitos, o princípio da inafastabilidade (CF/88, art. 5º, XXXV) impõe essa possibilidade.

Buscando estabelecer uma abordagem não metafísica dos direitos humanos, que aqui vale também para os direitos fundamentais, Costas Douzinas, a partir de uma posição heideggeriana, tenta definir ao menos como essa abordagem não seria. Ela rejeitaria a tentativa de interpretar "todos os seres como um todo", como se um denominador comum essencial estivesse sob as diferenças históricas e a miríade de grupos e indivíduos. Para ele: "um humanismo não-metafísico não trataria pessoas como entidades sintéticas para as quais a operação protética de direitos fragmentados satisfaz vontades desconexas"³⁷³. Afirma:

[...] se existe algo verdadeiramente 'universal' no discurso dos direitos humanos, se algum traço metafísico sobrevive à sua deconstrução, isto talvez seja o reconhecimento da absoluta singularidade da outra pessoa e do meu dever moral de salvá-la e protegê-la³⁷⁴.

A partir de Levinas, Douzinas afirma que o "signo do Outro é o rosto"³⁷⁵. Não se trata, segundo ele, de uma metáfora. O rosto – aproximando fala e olhar, dizer e ver – não pode ser domesticado, nem consumido e, uma vez voltado para mim, afirma Douzinas, ele se torna meu semelhante e me inscreve na moralidade, tornando-me um sujeito limitado e ético³⁷⁶.

³⁷² SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia**: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 90. E Barroso: "Incluir uma matéria na Constituição significa, de certa forma, retirá-la da política e trazê-la para o direito, permitindo a judicialização." (BARROSO, 2012b, p. 39). Gilmar Mendes, além de apontar a irrelevância da discussão da fundamentalidade desses direitos no Brasil, por terem sido expressamente previstos, denomina de "transmutação", convertendo situações tradicionalmente consideradas de natureza política em situações jurídicas. (MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: **Revista Jurídica Virtual**, v.2, n.13, jun/1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm, acesso em 14 de novembro de 2013).

³⁷³ DOUZINAS, 2009, p. 224.

³⁷⁴ *Ibid*, p. 354.

³⁷⁵ *Ibid*, p. 355.

³⁷⁶ *Ibid*., p. 355.

Daí que "toda ponderação, ao reduzir a singularidade, constitui um ato de injustiça, e toda comparação do incalculável é violenta"³⁷⁷. É este, segundo Douzinas, o paradoxo dos direitos humanos. Mas, afirma ele,

[...] como a apresentação finita do infinito e como aplicações distorcidas do direito fundamental, eles podem se tornar, talvez, a base de outro julgamento, o qual critica ou substitui os julgamentos da lei e da história, quando elas se esquecem da alteridade em favor da norma ou destroem a singularidade sob os ditames da razão universal³⁷⁸.

No mesmo tom crítico, Menelick de Carvalho sustenta que "o primeiro e grande desafio (...) é sabermos que se, por um lado, os direitos fundamentais promovem a inclusão social, por outro e a um só tempo, produzem exclusões fundamentais." Trata-se, afinal, de um produto da modernidade e suas abstrações generalizantes, mas excludentes. É que, prossegue: "A qualquer afirmação de direitos corresponde uma delimitação, ou seja, corresponde ao fechamento do corpo daqueles titulados a esses direitos, à demarcação do campo inicialmente invisível dos excluídos de tais direitos"³⁷⁹.

Para ele, a questão da identidade constitucional deve ser vista como:

um processo permanente em que se verifica uma constante tensão extremamente rica e complexa entre a inclusão e a exclusão e que, ao dar visibilidade à exclusão, permite a organização e a luta pela conquista de concepções cada vez mais complexas e articuladas da afirmação constitucional da igualdade e da liberdade de todos³⁸⁰.

É este, segundo ele, um desafio à compreensão dos direitos fundamentais: "tomá-los como algo permanentemente aberto, ver a própria Constituição formal como um processo permanente, e portanto mutável, de afirmação da cidadania"³⁸¹.

Trata-se, insista-se, da premissa desse trabalho: profanar o direito como abstração a partir de uma postura ética e preocupada com os sujeitos concretos, vítimas de um espaço de suspensão entre a norma e a realidade.

³⁷⁷ DOUZINAS, 2009, p. 358.

³⁷⁸ *Ibid*, p. 361.

³⁷⁹ CARVALHO NETTO, 2003, pp. 145.

³⁸⁰ *Ibid*, pp. 145.

³⁸¹ *Ibid*, pp. 145.

Feita essa ressalva, é preciso compreender a configuração discursiva em que se situa essa discussão.

4.2 CRISE DO ESTADO SOCIAL

Trata-se a Assistência Social de um direito fundamental, o direito a uma prestação do Estado.

Alexy classifica os direitos a ações positivas em direitos a prestações normativas, que impõem ao Estado o dever de impor normas para proteger determinados bens (também os direitos de liberdade, portanto, têm seus custos, especialmente referentes à judicialização), e os direitos a prestações materiais, conhecidos como direitos sociais³⁸². São direitos vocacionados a conformar o futuro, ao invés de manter o *status quo*³⁸³.

Típicos do Estado Social que, diante da ineficiência do Estado Liberal em realizar todas as promessas da modernidade, remodela o seu papel, de modo que o Estado passa a ser partícipe das relações sociais, não apenas garante, mas também provedor.

Segundo Gabardo, o primeiro estágio do intervencionismo do Estado social é, nas últimas décadas do século XIX, como Estado interventor para a proteção do mercado (normas antitruste), e tendo em vista uma questão social subjacente, assumindo uma postura assistencialista (ainda que tímida), e as leis de seguro social.

O seguro obrigatório de Otto Von Bismarck, na década de 1880, e o Código Imperial dos Seguros Social, de 1911; as leis inglesas de pensões e seguro social, de 1908 e 1911³⁸⁴.

³⁸² "Cuando se habla de 'derechos a prestaciones' se hace referencia, por lo general, a acciones positivas fácticas, (...) serán llamados 'derechos a prestaciones en sentido estricto'. Se puede hablar no sólo de prestaciones fácticas sino también normativas (...) llamados 'derechos a prestaciones en sentido amplio.'" (ALEXY, 1997, p. 195-196) Interessante abordagem é feita por Clèmerson Clève, no sentido de que as primeiras conferem *liberdade* e as segunda, *capacidade* para fruí-la. (CLÈVE, 2000, p. 316)

³⁸³ MENDES, 1999.

³⁸⁴ GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 159-160.

Após a Primeira Guerra Mundial, há um segundo estágio, chamado de "Estado providência", "cujas características essenciais passam a ser a redistribuição assistencialista de riqueza, a fixação de preços e o controle administrativo da vida privada e do próprio mercado"³⁸⁵.

Nesse estágio, desenvolve-se, com a Constituição de Weimar³⁸⁶, o conceito de "constituição econômica", que tem como consequência a assunção pelo Direito de tarefas de redistribuição e autodireção econômicas.

Após a Segunda Guerra Mundial, surge propriamente o que se convencionou chamar de "Estado Social", que demanda uma conformação político-social positiva, e não mais somente negativa³⁸⁷.

O Estado passa de mero garante, para uma posição de promotor efetivo da igualdade e, concretamente, das necessidades básicas dos indivíduos, como saúde, educação, lazer e, também, assistência social.

De um Estado necessariamente não interventor a um Estado necessariamente interventor³⁸⁸.

³⁸⁵ GABARDO, 2009, p. 160-161.

³⁸⁶ "A Constituição de Weimar, embora tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais, para a doutrina constitucional alemã, ela é um modelo de Constituição 'fracassada', que inclusive contribuiu para a radicalização da política alemã nos anos 20 e na tomada de poder pelos nazistas." (KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha** – Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 45) Na verdade, a primeira Constituição com a marca social é a Constituição mexicana de 1917 (Sobre a história do constitucionalismo no século XX: PISARELLO, Gerardo. **Un largo termidor: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madrid: Editorial Trotta, 2011, p.121-157), anterior, portanto, à Constituição de Weimar, de 1919. Miguel Godoy menciona também a Constituição bolivariana da Venezuela, de 1811 como precursora das Constituições sociais (GODOY, 2012, p. 50).

³⁸⁷ GABARDO, *Op. cit.*, 2009, p. 162.

³⁸⁸ Boaventura de Souza Santos adota a classificação e o conceito de desmercadorização de Esping-Anderson – "grau em que os indivíduos ou famílias podem manter um nível de vida aceitável, independentemente da participação no mercado" –, diferenciando o Estado Providência Liberal, o Estado de Providência Corporativo e o Estado Providência social democrático. Naquele há um baixo grau de desmercadorização, proteção pública seletiva e residual, tendo como exemplos os Estados Unidos e a Inglaterra; nesse, vigente na Alemanha e na Áustria, os direitos sociais são garantidos em nível elevado, mas circunscrito aos trabalhadores, existindo um sistema de assistência social paralelo generoso para quem não está abrangido pelo sistema contributivo, de modo que a desmercadorização aciona efetivos mecanismos de controle social; e, por fim, este, vigente nos países escandinavos, caracteriza-se pelo acesso quase universal aos benefícios, incluindo necessidades e gastos da classe média, sendo suficiente a condição de cidadão ou residente e, portanto, elevado o grau de desmercadorização. (ESPING-ANDERSEN, Gosta. **The three worlds of welfare capitalism**. Cambridge: Polity Press, 1990, p. 37 *Apud* SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002, p. 25-102, p. 80-81)

O declínio desse Estado Social inicia-se no final da década de 1970 e tem como causas o endividamento exagerado dos países, a impossibilidade de atendimento das demandas sociais, o excessivo paternalismo e a crença ingênua da inesgotabilidade dos recursos públicos³⁸⁹.

"O Estado começa, então, a apresentar um ente desnecessário ou até mesmo prejudicial ao bom desempenho econômico da sociedade civil"³⁹⁰.

Após a queda do muro de Berlim, passa a prevalecer, não o mero Estado do Bem-Estar Social, mas o Estado Democrático de Direito, tentativa conciliatória com as novas exigências para a garantia dos direitos fundamentais e sociais³⁹¹.

Perlingieri, por sua vez, chama de Estado Social de Direito a essa "tentativa de conjugar legalidade e justiça social"³⁹², não sendo historicamente antitético ao Estado de Direito³⁹³.

O fato é que a consagração constitucional de um programa avançado em termos democráticos e sociais não equivale a sua automática concretude prática, "*por lo que el balance del nuevo constitucionalismo latinoamericano es contradictorio y arroja tanto luces como sombras*"³⁹⁴.

Desde o seu advento, as Constituições do Estado Social são marcadas pela instabilidade e o compromisso, buscando formas de equilíbrio e transação ideológica, especialmente pelas fórmulas programáticas. Marcelo Neves conta que a previsível falta de concretização normativa dos direitos estabelecidos na Constituição de Weimar possibilitou o acordo entre grupos "progressistas" e tendências "conservadoras" em torno do conteúdo da lei:

³⁸⁹ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 162-163.

³⁹⁰ GABARDO, 2009, p. 165.

³⁹¹ TORRES, *Op. cit.*, 2009, p. 164-165. E também: "O *Estado Democrático de Direito* tem um conteúdo transformador da realidade, não se restringindo, como o Estado Social de Direito, a uma adaptação *melhorada* das condições sociais de existência. Assim, o seu conteúdo ultrapassa o aspecto material de concretização de uma vida digna ao homem e, passa a agir como fomentador da participação pública quando o *democrático qualifica o Estado, o que irradia os valores da democracia sobre todos os seus elementos constitutivos e, pois, também sobre a ordem jurídica*. E mais, a idéia de democracia contém e implica, necessariamente, a questão da solução do problema das condições materiais de existência." (MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-76, p. 55-56)

³⁹² PERLINGIERI, 2008, p. 14-15.

³⁹³ *Ibid.*, p. 16.

³⁹⁴ PISARELLO, 2011, p. 206.

Os primeiros ficaram satisfeitos porque a Lei com os seus dispositivos sancionatórios, documentava a sua posição favorável a reformas sociais. Aqueles que eram contrários à nova ordem legal contentaram-se com a falta de perspectiva de sua efetivação, com a sua "evidente impraticabilidade"³⁹⁵.

A Constituição que ele chama de simbólica é um "álibi"³⁹⁶, já que, na prática, é descumprida.

Os novos direitos introduzidos nessas Cartas – no caso sob análise, o direito à seguridade social – oferecem sérios obstáculos. Desaparelhado de ferramentas teóricas, o Direito Constitucional entra em crise³⁹⁷. O Estado social, segundo Menelick de Carvalho, foi capaz de produzir, no máximo, clientela, mas nunca cidadãos, como prometera³⁹⁸.

Na fórmula de "Constituição Dirigente" ou na clássica (mas ultrapassada) classificação de José Afonso da Silva, as normas programáticas (normas de eficácia limitada, definidoras de princípio programático) "procuram dizer *para onde e como se vai*, buscando atribuir *fins* ao Estado, esvaziado pelo liberalismo econômico"³⁹⁹.

Um regime democrático de justiça social não aceita, afirma, as profundas desigualdades, a pobreza e a miséria e, não tendo sido o sistema anterior à Constituição de 1988 muito eficaz para reequilibrar a posição de inferioridade, esta teve de ser mais incisiva⁴⁰⁰.

Mas, adverte há tempos Barroso: "O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática"⁴⁰¹.

Virgílio Afonso da Silva mostra que toda norma garantidora de direitos fundamentais necessita, para produzir todos os efeitos que propõe, de algum tipo de regulamentação, perdendo sentido a distinção no plano de sua eficácia, ainda que,

³⁹⁵ NEVES, 2011, p. 42

³⁹⁶ *Ibid.*, p. 113.

³⁹⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 206-207.

³⁹⁸ CARVALHO NETTO, 2003, p. 141-163, p. 150.

³⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 141.

⁴⁰⁰ *Ibid.*, p. 141.

⁴⁰¹ BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 120.

na prática, a efetividade das normas que garantem liberdades públicas seja maior.⁴⁰² Dessa forma, "não cabe atribuir a falta de concretização normativa de determinados dispositivos constitucionais simplesmente ao seu caráter programático"⁴⁰³.

Para Canotilho, a crise do Estado Social tornou-se, para muitos, o ocaso da socialidade. Nas sociedades funcionalmente diferenciadas não há lugar para políticas de inclusão. Deve-se, afirma, reinventar o Estado Social para realizar o princípio de igualdade de inclusão⁴⁰⁴. É que "a Constituição pode ter deixado de ser uma *norma dirigente*, mas não está demonstrado que não tenha capacidade para ser uma *norma directora*"⁴⁰⁵.

Canotilho critica o círculo da leitura positivista legalista dos direitos sociais, que se limita a afirmar: 1) há normas constitucionais consagrando os direitos sociais; logo (2) todos temos direitos a prestações sociais; ou dos liberais, no sentido de que os direitos sociais não são verdadeiros direitos subjetivos⁴⁰⁶. Sustenta, então, a necessidade de especificação e pormenorização das prestações sociais, na tentativa efetiva de introduzir *guidelines* de boas práticas ou *standards* possibilitadores de controle até para futura jurisdicionalização de eventuais conflitos⁴⁰⁷.

A desigualdade social e a opressão política, pondera Gabardo, não são naturais, mas produzidas socialmente, e, para se alterar essa realidade, é preciso que "instituições igualitárias" acreditem na sua capacidade de intervenção. A solidariedade pela qual propugna Gabardo não é aquela baseada na caridade, mas uma solidariedade pautada por uma exigência ética⁴⁰⁸.

Se há um profundo abismo entre a prática dos direitos fundamentais sociais e seu discurso, as condições reais de sua aplicação devem ser estudadas para serem também criticadas. Nesse contexto, tem especial importância a jurisdição constitucional. Vale dizer: a crise do Estado Social é também o reconhecimento da

⁴⁰² SILVA, 2011, p. 238.

⁴⁰³ NEVES, 2011, p. 114.

⁴⁰⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "Constituição Social". In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Borchia (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, pp. 20-21.

⁴⁰⁵ *Ibid*, pp. 23.

⁴⁰⁶ *Ibid.*, pp. 25-26.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, pp. 27-28.

⁴⁰⁸ GABARDO, 2009, p. 190.

crise da modernidade e da lei. O direito não nasce da lei como por um passe de mágicas, de modo que "o último plano para fixar o conteúdo específico de um texto constitucional e, por extensão, de qualquer texto normativo, transformando-os em norma jurídica, é do tribunal, dos juízes, pois são eles que eliminam a discutibilidade do conflito..."⁴⁰⁹

É justamente aí que reside o espaço de conformação dos direitos sociais, na sua jurisdição. É o que se passa a analisar.

4.3 OS DIREITOS SOCIAIS E O PODER JUDICIÁRIO

O surgimento e a legitimação desse novo Estado podem ser comparados ao surgimento e a legitimação de uma nova forma de litigância, que Owen Fiss chama de "reforma estrutural", cujo *leading case* é a decisão em *Brown v. Board of Education*, em que a Constituição faz mais do que estabelecer um modelo de Estado, mas identifica um conjunto de valores que transcendem os fins privados, de forma que a função do Judiciário não será apenas solucionar controvérsias, mas dar um significado concreto para esses valores⁴¹⁰.

Crítica-se, no entanto, a postura por vezes passiva do Judiciário ao recusar-se à aplicação de direitos sociais sob os fundamentos da ausência de legitimidade democrática e do custo desses direitos. Ainda que estejam expressamente previstos na Constituição, caberia, segundo essa crítica, ao legislador/administrador fazer a eleição dos gastos⁴¹¹.

Embora como dito várias vezes não seja este o tema do trabalho, convém salientar que, a partir dessa crítica, Gargarella propõe repensar a atuação jurisdicional pertinente aos direitos sociais com base em uma concepção de democracia deliberativa que se caracteriza pelo amplo processo de discussão

⁴⁰⁹ ADEODATO, 2010, p. 195

⁴¹⁰ FISS, Owen. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004, p. 111-112 e 119.

⁴¹¹ Cf. HOLMES, Stephen e SUNSTEIN, Cass, **The Cost of Rights- Why Liberty Depends on Taxes**, New York and London: W. M. Norton, 1999. E, entre nós, GALDINO, Flávio. **Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Na verdade, segundo o autor, todos os direitos têm custos. Mesmo os direitos de liberdade exigem que o Estado crie uma estrutura (normativa e, inclusive, física) de proteção (Polícia, Judiciário, etc.).

coletiva para a aprovação das decisões públicas e pela intervenção no processo deliberativo de todos aqueles potencialmente afetados por essas decisões⁴¹².

Como a ausência de efetividade dos direitos sociais dificulta a participação política dos mais carentes, minando o valor do processo democrático, não existem razões, segundo Gargarella, para se pensar que uma atuação jurisdicional nessa área esteja em conflito com a democracia. Pelo contrário, a revisão judicial pode ser um instrumento crucial para enriquecer a deliberação pública a respeito dos direitos sociais⁴¹³.

O Judiciário, se não tem um papel de supremacia, representa o principal canal que os grupos desvantajados têm para serem ouvidos, quando o ramo político se recusa ou indevidamente ignora suas reivindicações: "*Judges are exceptionally well placed to require a better justification of their decisions from the people and their representatives*"⁴¹⁴.

Aliás, o Judiciário é inerte. Não fosse pela demanda não satisfeita pelo Legislativo e Executivo, não haveria essa "nova" demanda, esse "novo" problema. Os casos que lhe são trazidos, então, devem ser julgados (CF, art. 5º, XXXV), sendo-lhe vedado o *non liquet* – eis o conteúdo do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Aos juízes, nega-se o capricho da indecidibilidade.

Salienta-se ser essa a efetiva distinção entre Estado Social e Estado Democrático de Direito. Na busca da aclamada efetivação dos direitos sociais,

[...] os cidadãos começam a se movimentar de forma ativa, não aceitando mais a espera pelas prestações estatais para poder usufruir de um mínimo de dignidade e passam a se socorrer do Poder Judiciário, como garantidor dos direitos fundamentais que não foram realizados pelo Poder Executivo, quer seja por problemas operacionais ou orçamentários próprios, quer seja por esperar uma regulamentação por parte do Poder Legislativo, para operacionalização, que, por sua vez, nunca chega a ocorrer.

⁴¹² GODOY, 2012, p. 155-156.

⁴¹³ GARGARELLA, Roberto. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). **El derecho a la igualdad**: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 121-144, p. 134-135. Nisto está de acordo com Alexy: "los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria." (ALEXY, 1997, p.432). E, no Brasil, por todos: BARROSO, 2012a, p. 81.

⁴¹⁴ GARGARELLA, Roberto. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies**: an institutional voice for the poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 13-34, p. 28: tradução livre: "Juizes estão excepcionalmente bem colocados para requerer uma melhor justificativa de suas decisões pelo povo e seus representantes."

Dessa forma, diversamente do Estado Social, no qual a esfera de tensão e a obrigação de realização de políticas públicas haviam sido repassadas ao Poder Executivo; no Estado Democrático de Direito, este papel acaba por ser delegado ao Poder Judiciário,...⁴¹⁵

Não se trata de defender os juízes como detentores únicos de uma certa capacidade. Não. Os juízes provavelmente vão errar muitas vezes nessa tarefa, mas não devem por isso deixar de cuidar e insistir. Tampouco devem estar isolados na sua decisão. A ampliação dos mecanismos de participação da decisão judicial (pré e pós-judicial também) não é excluída pelo direito como integridade.

Do mesmo modo, Marcelo Alegre sustenta que, ao reclamar a intervenção judicial para garantir o "piso mínimo" a que se refere a maioria dos direitos socioeconômicos, o igualitarismo está fortalecendo a qualidade democrática da sociedade, citando como passíveis de defesa judicial: o direito a um nível mínimo de salário e benefícios, o direito a uma prestação em caso de desemprego, o direito a serviços de saúde e educação⁴¹⁶.

Menciona decisões judiciais argentinas que ordenaram ao Estado: a provisão de tratamento contra o vírus HIV, a criação de vagas de enfermagem em unidade de tratamento intensivo pediátrico e a fabricação de vacina contra a febre hemorrágica⁴¹⁷.

Ou seja, em matéria de direitos sociais, a tensão democrática cede espaço à atuação do Poder Judiciário, não como detentor da última palavra, mas como interlocutor privilegiado. A questão, pois, da legitimidade é, aqui, superada.

Além dos casos citados no início deste capítulo e dos casos mencionados por Marcelo Alegre, pode-se fazer um inventário da concretização dos direitos sociais pela jurisdição de diversos países.

São exemplares o caso "Grootboom", em que a Suprema Corte da África do Sul ordenou que o Estado criasse um programa destinado a cumprir suas obrigações constitucionais referentes à moradia em relação a 900 pessoas que viviam em condições intoleráveis de pobreza extrema; ou o caso "Campanha de Ação de Tratamento", de 2002, em que se determinou que o governo tinha a

⁴¹⁵ BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional:** entre constitucionalismo e democracia. Belo Horizonte: Forum, 2007, p. 149.

⁴¹⁶ ALEGRE, Marcelo. Igualitarismo, Democracia y activismo judicial. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). **El derecho a la igualdad:** aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, pp. 156; 159-160.

⁴¹⁷ *Ibid*, pp. 160.

obrigação de fornecer um remédio antiviral para evitar a transmissão do vírus HIV da mãe gestante para o seu filho⁴¹⁸.

Trata-se de uma evolução, pois o primeiro caso substancial a chegar à Corte sul-africana foi o caso *Thiagraj Soobramoney v. Minister of Health, KwaZuluNatal*, em que se requeria o tratamento renal para prolongar sua vida, o que, no entanto, foi negado, pois esse tratamento não poderia reverter o seu quadro e havia dificuldades orçamentárias do sistema de saúde demonstradas concretamente⁴¹⁹.

Ainda, a Corte sul-africana, no caso *Occupiers of 51 Olivia Road v City of Johannesburg*, evitou que cerca de 300 pessoas fossem despejadas sem a previsão de uma nova moradia, determinando-se que o governo encontrasse a solução, mas comunicasse ao Tribunal quando assim o fizesse, o que Davis entendeu como sendo um "remédio forte" para a proteção do direito⁴²⁰.

Decisão similar havia sido tomada em 2004, no caso *Port Elizabeth Municipality v. Various Occupiers*, em que a Corte considerou que o município tinha a obrigação de solucionar e providenciar acomodação alternativa para as pessoas despejadas, ainda que ocupantes de área ilegal⁴²¹.

Pisarello cita também o caso *Khosa et al. v. Minister of Social Development*, de 2004, em que a Corte constitucional sul-africana considerou que as previsões da lei sobre assistência social n.º 59/1992 – que excluía aos residentes permanentes em situação de pobreza o acesso a ajudas sociais – constituíam uma vulneração tanto ao direito a igualdade como ao direito à assistência social⁴²².

Susanne Baer cita outro caso da corte sul-africana (*Lindiwe Mazibuko & others v. city of Johannesburg & Others, case CCT 39/09, 2009, ZACC 28*): entendendo devido o abastecimento de água para todos, ainda que não tenha

⁴¹⁸ GODOY, 2012, p. 158. cf. também: CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre Direitos Não-Justiciáveis: Direitos Sócio-Econômicos e a Corte Constitucional Sul-Africana. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 641-695, 677-683.

⁴¹⁹ CHRISTIANSEN, *Op. cit.*, 2008, pp. 674-677.

⁴²⁰ DAVIS, D. M. Socio-economic rights. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012, p. 1020-1035, p. 1029-1031.

⁴²¹ DUGARD, Jackie; ROUX, Theunis. The record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 111-125, p. 114.

⁴²² PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales e sus garantías. Elementos para una reconstrucción**. Editorial Trota, 2007, 107-108. Cf. também: CHRISTIANSEN, 2008, pp. 684-685.

definido o quantitativo necessário; e o caso egípcio em que se proibiu um novo sistema de preços de medicamentos, porque violaria o direito ao igual acesso (Case n. 2457/64, 2010)⁴²³

Ainda, uma decisão da Corte indiana no caso *Olga Tellis and others v. Bombay Municipal Corporations and other* determinou que o município providenciasse abrigo para pessoas despejadas, com base no direito à vida. E no caso *Peoples Union for Civil Liberties v. Union of India and others*, de 2001, a Suprema Corte indiana determinou que o Estado fornecesse alimento para pessoas idosas, doentes, com deficiência, mulheres grávidas e lactantes e crianças carentes⁴²⁴.

Cita-se também o caso indiano *Shanti Star Buildings v. Naryan Khimalal Totame*, de 1990, em que o Tribunal Supremo da Índia considerou que o direito à vida incluía o direito à alimentação, ao vestuário, a um ambiente decente e a um alojamento razoável para viver⁴²⁵.

O caso *R (Bernard) v. Enfield L.B.C.*, de 2002, em que o Tribunal Superior da Inglaterra e País de Gales considerou que o governo havia vulnerado o direito à vida privada e familiar ao não proporcionar alojamento adequado a uma família cuja mãe padecia de uma incapacidade grave e estava confinada a uma cadeira de rodas. São casos em que a ofensa a direitos sociais foi reconhecida "por conexão"⁴²⁶.

Pisarello cita, também, o caso canadense *Eldrige*, de 1997, que impôs a disponibilização de intérpretes para pessoas surdas no serviço hospitalar⁴²⁷.

Por sua vez, a Suprema Corte dos Estados Unidos, anota Appio, por meio de diversos precedentes, busca identificar as minorias a partir da consideração de que determinadas classes de pessoas não têm acesso à mesma representação política que os demais cidadãos ou, ainda, sofrem histórica e crônica discriminação por conta de características essenciais a sua personalidade.

Não considera explicitamente o pobre⁴²⁸, o idoso e a pessoa com deficiência mental como efetiva minoria, mas tem assegurado aos estrangeiros residentes no

⁴²³ BAER, Susanne. Equality. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012, p. 982-1001, p. 996..

⁴²⁴ DAVIS, 2012, pp. 1032-1033.

⁴²⁵ PISARELLO, 2007, 107-108. Cf. também: CHRISTIANSEN, 2008, pp. 684-685.

⁴²⁶ *Ibid.*, p.107-108. Cf. também: *Ibid.*, pp. 684-685.

⁴²⁷ PISARELLO, *Op. cit.*, 2007, p. 97.

país acesso aos mesmos direitos sociais, oportunidades de emprego civil e também financiamentos públicos que os cidadãos norte-americanos, citando *Plyer v. Doe* - (1982), em que se garantiu o acesso à educação aos estrangeiros residentes filhos de imigrantes, ainda que ilegais⁴²⁹.

O Tribunal de Nova York, em *Tucker v. Toia*, determinou a concessão de um benefício social para menores de 21 anos independentemente de morarem ou não com seus responsáveis, deixando ao Legislativo a determinação do valor do benefício: "In New York State, **the provision for assistance to the needy is not a matter of legislative grace; rather, it is specifically mandated by our Constitution.**"⁴³⁰

A Colômbia, por sua vez, goza de especial destaque na proteção jurisdicional de direitos sociais. A Suprema Corte, na tentativa de conciliar a necessidade de preservação da Constituição com o respeito às decisões do legislativo, reconheceu a inconstitucionalidade da política governamental para os despejados, mas deixou ao Governo a elaboração da nova política⁴³¹. Em 2008, ordenou que o Estado reestruturasse o sistema de saúde público, a fim de que, até 2010, alcançasse a cobertura universal. Em 2009, determinou que o aborto deveria ser disponibilizado pelo serviço público e que este deveria promover os direitos reprodutivos das mulheres, o que deveria incluir as situações em que o aborto seria legal⁴³².

Alexy, ao tratar do direito a prestações analisa justamente as decisões do Tribunal Constitucional alemão, citando, especificamente uma decisão de 1975 acerca do direito à assistência social, decorrente da adesão ao Estado Social:

⁴²⁸ Em *San Antonio Independent School District v. Rodriguez*, a Suprema Corte Americana expressamente negou o reconhecimento do "pobre" como uma "classe" em si merecedora de uma análise especial no tocante à igualdade, afirmando Susanne Baer que o direito à igualdade nem sempre proíbe desigualdades econômicas. (BAER et. al., 2012, pp. 997)

⁴²⁹ APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008, p. 200-201.

⁴³⁰ 371 N.E.2d 449 (N.Y. 1977), g.n.

⁴³¹ GODOY, 2012, p. 160, citando a ST-025.

⁴³² DAVIS, 2012, pp. 1030-1031. Cf. também: YEPES, Rodrigo Uprimny. The enforcement of social rights by the colombian constitutional court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and Social Transformation in New Democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006, p. 127-151.

Ciertamente, la asistencia social a los necesitados de ayuda es uno de los deberes obvios del Estado social. Necesariamente, esto incluye la asistencia social a los conciudadanos que, a raíz de dolencias físicas o mentales, están impedidos de desarrollarse personal y socialmente y no pueden asumir por sí mismos su subsistencia. En todo caso, la comunidad estatal tiene que asegurarles las condiciones mínimas para una existencia humana digna [...]. [BVerfGE 40, 121 (133)] Si se toman ambas decisiones conjuntamente, no puede haber ninguna duda de que el Tribunal Constitucional Federal, parte de un derecho fundamental a un mínimo vital.⁴³³

Susanne Baer, por sua vez, refere-se aos testes de igualdade, um dos quais (*egalitarian test*) constitui um reclame positivo de alguma coisa, seja como garantia mínima de recursos básicos, seja como o acesso a recursos sem discriminação, referindo-se às várias Constituições europeias que contêm cláusulas sociais, mas destacando também o papel da Corte Constitucional alemã na interpretação do princípio do bem-estar em conjunto com o princípio da dignidade humana, com um direito individual a uma garantia mínima de existência⁴³⁴.

O Tribunal Constitucional Federal alemão, ao assegurar o direito a benefícios assistenciais, fundou-se na dignidade humana e no mínimo existencial. Não especificou a exata quantia dos benefícios, mas determinou que o legislativo iniciasse novos procedimentos para reajustá-los⁴³⁵. Trata-se do caso julgado em fevereiro de 2010, referente à reforma do "Hartz IV" (BVerfG, 1 BvL 1/09), em que dois tipos de benefícios assistenciais foram unificados em um único benefício "auxílio desemprego II", cujos destinatários são as pessoas que necessitam de auxílio, mas estão aptas ao trabalho, assim como seus dependentes, com quem formam uma "comunidade de necessidade". Receberiam um montante fixo para abranger necessidades genéricas de sobrevivência.

O Tribunal entendeu que não lhe caberia verificar se os parâmetros técnicos eleitos pelo legislador foram os mais corretos, mas deveria preservar o mínimo existencial. Entendeu, então, que o novo benefício era incompatível com a Lei

⁴³³ ALEXY, 1997, p. 421-422. "De forma embrionária, no entanto, fora reconhecido desde 1951 (BVerfGE, 1, 97 (104 s.))" (BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 55)

⁴³⁴ BAER et. al., 2012, pp. 994-995, citando: BVerfGE 1, 97, (104f) 1951, BVerfGE 40, 121 (133) 1975.

⁴³⁵ DAVIS, 2012, pp. 1027-1029.

Fundamental, sendo declarado inconstitucional, mas não anulado, concedendo ao legislador o prazo de 1 (um) ano para compatibilizar a legislação⁴³⁶.

Piovesan, por sua vez, a partir de casos da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cria uma tipologia: umas da quais refere-se à "dimensão positiva do direito à vida", que demanda dos Estados medidas positivas apropriadas para protegê-lo; e as demais referentes ao "princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais, especialmente para a proteção de grupos socialmente vulneráveis" e "proteção indireta dos direitos sociais (mediante a proteção dos direitos civis)".

Cita, emblematicamente, o caso dos '*cinco pensionistas*' v. *Peru* (2003, série C, n. 98), envolvendo a modificação do regime de pensão no Peru, em que a Corte condenou o Estado, com fundamento na violação ao direito de propriedade privada e não com fundamento na afronta ao direito de seguridade social, em face dos danos sofridos pelos cinco pensionistas⁴³⁷.

Sob a égide, então, desse novo Estado Social, passa-se também do Estado legislador ao Estado juiz. Novais é cético em relação à possibilidade de limitar a deliberação sobre os direitos fundamentais à esfera política⁴³⁸. Se os direitos fundamentais são trunfos contra a maioria, não pode, pondera ele, essa mesma maioria reconhecer essa qualidade⁴³⁹. Estar-se-ia deixando a raposa a tomar conta do galinheiro. Talvez, enfim, a jurisdição constitucional seja tão inconveniente quanto necessária.

4.4 CONTEÚDO DOS DIREITOS SOCIAIS

Mas qual é, enfim, a dimensão dessa prestação? Qual o referencial formal e substancial que o Judiciário possui para nortear a sua tarefa de concretização?

⁴³⁶ BRANCO; MENDES, 2012, p. 732-733. Essa decisão foi referida no voto do Ministro Gilmar Mendes na Reclamação 4.374: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374**, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013. (Inteiro teor, p.41).

⁴³⁷ PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção internacional e perspectivas do constitucionalismo latino-americano. In: SAVARIS, José Antonio (coord.). **Direitos fundamentais da pessoa humana: um diálogo latino-americano**. Curitiba: Alteridade editora, 2012, P. 223-247, p. 243-244.

⁴³⁸ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria**. Coimbra Editora, 2006, p. 40.

⁴³⁹ *Ibid*, p. 48.

A teoria dos direitos fundamentais vem há algum tempo sendo alimentada pela disputa entre função de governo e função de garantia, mínimo existencial e reserva do possível, a tensão, sintetiza Moraes, “entre política de inclusão e economia de exclusão” que marca o modelo de bem-estar⁴⁴⁰.

O modelo aqui adotado tenta conciliar essa tensão, compreendendo os direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*. Isto é, não são absolutos a ponto de impor um silogismo direto entre a previsão constitucional e toda e qualquer demanda; tampouco são meramente programáticos. Dependem das circunstâncias do caso concreto, em que são ponderados, além do próprio direito social, princípios como o da democracia e da separação de poderes, além de eventuais direitos de terceiros⁴⁴¹.

No caso do direito social à assistência, o conteúdo do princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana, bem como do chamado mínimo existencial, são análises que fornecem uma imprescindível base principiológica para a sua construção normativa.

4.4.1 Teoria da Igualdade

Falar sobre precedentes e falar sobre direitos sociais é inevitavelmente falar sobre direito à igualdade, valor que sustenta a convocação do Estado a agir positivamente, reduzindo, tal como objetiva o art. 3º da Constituição, as desigualdades.

⁴⁴⁰ MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais:** limites e possibilidades. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5), p. 30.

⁴⁴¹ SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais:** fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 553-586, p. 566-567.

A demanda pela igualdade material⁴⁴² exige do Estado que adote instrumentos que impulsionem os desvantajados – social, econômica, fisicamente – a um patamar de igualdade. São instrumentos que os tratem desigualmente na medida em que se desigalam: cotas sociais nas universidades, nas empresas, política de moradias, de tratamento tributário e, em um nível último, assistindo-os.

Dworkin, referência metodológica deste trabalho e, neste momento, referência material, ajuda a definir o direito à igualdade. Segundo Dworkin, a igualdade de consideração e respeito ("equal concern and respect") é a virtude soberana de uma comunidade política⁴⁴³. Este, aliás, é o fundamento axiológico da integridade.

Existiriam duas teorias acerca da igualdade distributiva. A primeira, chamada de igualdade de bem-estar, sustenta que um esquema distributivo trata as pessoas como iguais (o que é diferente de tratá-las igualmente) quando distribui ou transfere recursos entre elas até que nenhuma transferência seguinte possa deixá-las mais iguais em bem-estar. A segunda teoria, que adota, chamada de igualdade de recursos, sustenta que isso acontece quando nenhuma transferência futura possa deixar as suas parcelas na totalidade de recursos mais igual⁴⁴⁴.

Sob a igualdade de bem-estar, as pessoas decidem que tipo de vida querem, independentemente da relevante informação do quanto as suas escolhas irão reduzir ou aumentar a capacidade dos outros para ter a vida que querem; esse tipo de informação torna-se relevante apenas no momento político em que os administradores verão, após reunir as escolhas feitas, a distribuição necessária a atendê-las. De acordo com a igualdade de recursos, no entanto, as pessoas decidem o tipo de vida a seguir num contexto de informações sobre o custo real que

⁴⁴² Há tempos, aliás, diz-se que a igualdade jurídica não é meramente formal, mas substancial (material). Obviamente: "o Direito Constitucional Emancipatório, comprometido até a raiz com a dignidade da pessoa humana, não deve persistir no conceito estático e formal de igualdade; bem pelo contrário, cumpre a ele propugnar por uma fórmula jurídica do princípio da igualdade na qual o escopo precípua é, através da desigualação positiva, promover a igualação jurídica efetiva." (CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003)

⁴⁴³ DWORKIN, Ronald. **Sovereign Virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000, p. 1.

⁴⁴⁴ *Ibid.*, p. 12.

suas escolhas impõem a outras pessoas e, conseqüentemente, sobre o estoque total de recursos que pode, de forma justa, ser usado por eles⁴⁴⁵.

Sustenta, com base nesta segunda hipótese, que as pessoas com deficiências físicas ou mentais devem ter recursos extras como compensação⁴⁴⁶. É que as pessoas com deficiência também têm diferentes concepções de bem-estar, que podem ou não estar referidas a sua deficiência. Uma comunidade, exemplifica Dworkin, pode entender justo conceder uma certa quantia à pessoa com deficiência a fim de que esta tenha acesso a alguma tecnologia que possa minimizar os obstáculos que enfrenta, mas não acharia tão justo conceder essa mesma quantia se a pessoa com deficiência optasse por gastar o dinheiro com um violino, hobby que, na sua concepção de bem-estar, o deixaria mais feliz que a nova prótese.

Para Gargarella, o liberalismo igualitário de Dworkin afirma que se deve distinguir entre "personalidade" e as "circunstâncias" que cercam cada um, igualando as pessoas em suas circunstâncias e permitindo que os indivíduos se tornem responsáveis pelos resultados de seus gostos e ambições. Dworkin é, nesse sentido, mais sensível aos dons e às ambições de cada um⁴⁴⁷.

Dworkin é um racionalista, porque acredita na integridade, mas isso não significa que seja metafísico, pois insere o seu Hércules no mundo – uma comunidade de princípios –, um mundo que assujeita, sim, mas em que o sujeito deve sempre buscar a estética de si, uma vida boa e viver bem, que não é só para si, mas é também "com", ética e moral, portanto. É um liberal, porque acredita que os indivíduos devem ser responsáveis por construir os seus próprios projetos, mas é igualitário, porque entende que todos devem ser tratados com igual respeito e consideração nesse projeto e, caso haja algum fator de desigualdade de oportunidades, deve-se garantir-lhes esse patamar.

Trata-se de um conceito forte de igualdade. Assim, "uma defesa consistente do igualitarismo está intimamente conectada à defesa da liberdade, da autodeterminação individual, pois somente assim o sujeito poderá levar adiante a vida que escolher."⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ DWORKIN, 2010, p. 69.

⁴⁴⁶ *Ibid*, p. 59-62.

⁴⁴⁷ GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls**: um breve manual de filosofia política. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a, p. 65-66.

⁴⁴⁸ GODOY, 2012, p. 65. (PERLINGIERI, 2008, p. 497)

Se há, como propõe Dworkin, unidade de valor, a igualdade constitui um "todo indissociável do ordenamento jurídico unitário e se impõe ao legislador na sua integralidade"⁴⁴⁹. Não apenas ao legislador, mas ao juiz também, que deve atentar às suas violações.

Entre nós, Celso Antônio Bandeira de Melo desenvolveu uma teoria sobre igualdade, salientando a importância de se investigar o critério discriminatório e se há uma justificativa racional – abstrata e, também, concreta – para que este sirva de fundamento lógico para um tratamento desigual⁴⁵⁰. Nos casos de violação ao princípio da isonomia, sustenta Moro, quando se outorga privilégio contrário ao princípio da igualdade, bastaria estender o benefício ao grupo arbitrariamente excluído⁴⁵¹.

A igualdade é, assim, princípio essencial à construção do direito à assistência, seja por compensar desvantagens sofridas por determinados grupos por condições que lhe são involuntárias, seja por implicar a necessidade de recurso à analogia quando as medidas para compensar essa desvantagem não foram oferecidas a todos aqueles que poderiam ter sido objeto do mesmo *discrímen*.

Sendo o direito à assistência especialmente vocacionado à promoção da igualdade (de recursos), a conformação daquele depende do cuidado desta. Trata-se, afinal, de uma unidade.

4.4.2 Dignidade da Pessoa Humana

Segundo Dworkin, algumas nações possuem Constituições que podem ser propriamente interpretadas como impondo limites morais sobre os quais o direito pode ser criado. Como o que o direito é, a verdade ou falsidade de suas proposições, depende de estatutos legais e, no caso do sistema anglo-americano, também em quase todo o resto do mundo, das decisões judiciais passadas; o direito

⁴⁴⁹ PERLINGIERI, 2008, p. 497

⁴⁵⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 21-22.

⁴⁵¹ MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 124.

poderia, então, também ser pensado como aquele que deveria ser de acordo com esses limites morais⁴⁵².

No Brasil, esse limite é a dignidade da pessoa humana. Trata-se, afinal, de um "metavalor ou elemento agregador da unidade axiológica da Constituição"⁴⁵³. Previsto como fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III) e como fim da ordem econômica (art. 170, *caput*). A dignidade funciona como motor da transformação desejada pela Constituição. Nas palavras de Eros Grau:

A ordem econômica e a Constituição de 1988, no seu todo, estão preñes de cláusulas transformadoras. A sua interpretação dinâmica se impõe a todos quantos não estejam possuídos por uma visão estática da realidade. Mais do que divididos, os homens, entre aqueles que se conformam com o mundo, tal como está, e aqueles que tomam como seu projeto o de transformá-lo, aparta-os o fato de os segundos terem consciência de que a História – como a vida – é movimento. E de que a História não acabou, ilusão que só pode ser alimentada por quem não tenha a menor idéia das condições de vida do homem nas sociedades subdesenvolvidas.⁴⁵⁴

Dworkin, aliás, tem a sua própria noção de dignidade humana. Segundo ele, existiriam dois princípios ou dimensões fundadores desta, compartilhados por todos.

Segundo o primeiro princípio, que ele chama de princípio do valor intrínseco, cada vida humana tem um tipo específico de valor objetivo. Tem valor como potencialidade: uma vez iniciada uma vida humana, importa, sim, como ela se desenvolverá, sendo bom quando essa vida tem sucesso e seu potencial é realizado e ruim quando fracassa e seu potencial é desperdiçado. Esse valor é objetivo, de forma que não importa apenas para aquela pessoa, mas importa por si mesmo⁴⁵⁵.

O segundo princípio, chamado de princípio da responsabilidade pessoal, assegura que cada pessoa tem a especial responsabilidade de realizar o sucesso de sua própria vida, uma responsabilidade que inclui o julgamento acerca de que tipo de vida será bem-sucedida para ele, sem que ninguém possa decidir isso por ele sem o seu consentimento⁴⁵⁶.

⁴⁵² DWORKIN, 2006, p. 5-6.

⁴⁵³ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **Jurisdição constitucional democrática**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 190.

⁴⁵⁴ GRAU, 2004, p. 313.

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. **Is democracy possible here? Principles for a new political debate**. Princeton University Press: Princeton and Oxford, s.d., p. 9.

⁴⁵⁶ *Ibid*, p. 10.

Embora formalmente individualistas, esses princípios não pressupõem que o sucesso de uma pessoa possa ser alcançado sem o sucesso da comunidade ou tradição à qual pertence⁴⁵⁷.

Além da noção de dignidade, a noção de pessoa também nos é muito cara:

A 'pessoa' – entendida como conexão existencial em cada indivíduo da estima de si, do cuidado com o outro e da aspiração de viver em instituições justas – é hoje o ponto de confluência de uma pluralidade de culturas, que nela reconhecem a sua própria referência de valores.⁴⁵⁸

A pessoa é inseparável da solidariedade. Tanto este princípio como o princípio da igualdade "são instrumentos e resultados da concretização da dignidade social do cidadão."⁴⁵⁹ Para Perlingieri, há duas interpretações de dignidade social. Segundo a mais avançada, bem dworkiana, a dignidade é

[...] instrumento que confere a cada um o direito ao 'respeito' inerente à qualidade de homem, assim como a 'pretensão' de ser colocado em condições idôneas a exercer as suas próprias aptidões pessoais, assumindo a posição a estas correspondentes.⁴⁶⁰

Segundo a interpretação mais restrita, "a igual dignidade social impõe ao Estado atuar contra as situações econômicas, culturais e morais mais degradantes e que excluem alguns sujeitos do tratamento social reservado à generalidade."⁴⁶¹ Significa, segundo ele, que a posição de uns não deve ser inferior em relação àquela dos outros.

Jorge Reis Novais, por sua vez, adota uma concepção *kantiana* de dignidade: "dignidade da pessoa humana significa a insusceptibilidade de tratamento da pessoa como mero objecto do poder estatal, como instrumentalização ou

⁴⁵⁷ DWORKIN, [s.d.], p. 10. Segundo Gabardo, um modelo de Estado Social que garanta direitos fundamentais deve superar a noção de dignidade rumo à felicidade (GABARDO, 2009, p. 331). Esta, citando Eduardo Gianneti, é absoluta quanto às necessidades básicas, mas torna-se relativa quando estas são satisfeitas (*Ibid*, p. 355) Assim, "a felicidade reporta-se ao 'nível ótimo' de vida a partir das reais possibilidade do tempo presente, sempre tendo em vista que o homem pode aperfeiçoar-se em busca do autodesenvolvimento e do desenvolvimento da sociedade e do Estado." (*Ibid*, p. 360)

⁴⁵⁸ PERLINGIERI, 2008, p. 460.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, p. 462.

⁴⁶⁰ *Ibid*, p. 463.

⁴⁶¹ *Ibid*, p. 463.

coisificação da pessoa nas mãos do Estado"⁴⁶². Entende que essa máxima concilia com a de Dworkin de que todas as pessoas têm igual dignidade, devendo ser tratadas com igual consideração e respeito.

Assim, a dignidade é "simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais", diz Sarlet, que, com isso, quer dizer que a "dignidade necessariamente é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado" – um elemento fixo – e que reclama que o Estado "guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade" – um elemento mutável⁴⁶³.

No entanto, o seu conceito abstrato urge concretização: "Já passou o tempo de torná-la um conceito mais substantivo no âmbito do discurso jurídico, no qual ela tem frequentemente funcionado como um mero ornamento retórico, cômodo recipiente para um conteúdo amorfo."⁴⁶⁴

Sua vagueza faz com que funcione como um espelho, em que cada um projeta nela a sua própria imagem e seus próprios valores, adverte Barroso, que também aponta o inconveniente da sua banalização de sentido⁴⁶⁵. Essa vagueza, indeterminação, no entanto, já chegou a ser objeto de uma certa "caricaturização" doutrinária, sendo apelidada de "fuzzyismo"⁴⁶⁶.

Canotilho fala em "hipertrofia da dignidade da pessoa humana", tendo em vista o "esvaziamento solidarístico" dessa estratégia discursiva, citando o Acórdão 509/2002 sobre o rendimento de inserção social, que conduziria ao resultado desolador de que "não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferidas pelos *standards* mínimos da existência"⁴⁶⁷.

⁴⁶² NOVAIS, 2006, p. 30. E, em outro momento: "A assunção da dignidade da pessoa humana como valor supremo por parte do Estado de Direito dos nossos dias garante aos indivíduos uma posição absoluta de igualdade na definição e prossecução autónomas de fins e modos de vida,..." (NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003, p. 624)

⁴⁶³ SARLET, 2012, p. 102.

⁴⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013, p. 12.

⁴⁶⁵ *Idem*, 2012b, p. 42-43.

⁴⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008, p. 99.

⁴⁶⁷ *Idem*, 2010, pp. 14-15. No mesmo sentido: SARLET, 2012, p. 109-110.

É como se a banalização da dignidade da pessoa humana como direito autônomo esvaziasse o conteúdo do direito social.

Canotilho considera problemática a estrutura da dignidade da pessoa humana como direito autônomo, advertindo que o seu uso e abuso corre o risco de "dessubstantivar" os outros direitos. E ressalta:

[...] uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refacções sociais, pode, afinal, ser uma jurisprudência que, encapuçadamente, se recusa a olhar de frente para o direito à igual *dignidade social* (e não apenas para a dignidade da pessoa humana), o direito à *igualdade distributiva*, o direito a *níveis essenciais de prestações sociais* inerentes aos direitos sociais.⁴⁶⁸

Segundo Barroso, pode-se, sim, aceitar uma noção de dignidade aberta, plástica e plural, mas seu conteúdo mínimo deve necessariamente abranger: (i) o valor intrínseco do ser humano (oposto ao valor instrumental) como *status* especial do ser humano; (ii) a autonomia de cada indivíduo livre e igual de tomar decisões e perseguir o seu próprio ideal de vida boa; e (iii) o valor comunitário, que admite restrições legítimas referentes a valores sociais ou interesses estatais na autonomia pessoal⁴⁶⁹. Os dois primeiros coincidem com a proposta de Dworkin.

⁴⁶⁸ CANOTILHO, 2008, p. 267.

⁴⁶⁹ BARROSO, 2012b, p. 44; 76 e ss.

A dignidade humana tem um papel central na cultura global do direito, tendo a jurisdição constitucional especial papel na sua concretização. Mahlmann destaca o papel da jurisprudência alemã e norte-americana na sua densificação, tensionando a textura aberta do conceito⁴⁷⁰.

Maxine Goodman, aliás, identificou oito categorias de casos em que a Suprema Corte americana expressamente associa a dignidade humana a exigências constitucionais específicas, uma das quais seria justamente "o direito, decorrente da cláusula de igual proteção ou do devido processo legal, previstas na Décima Quarta Emenda, de receber assistência econômica do governo".

Essas demandas por assistência econômica tiveram, no entanto, segundo ele, um destino inglório, não sendo capaz de superar a visão tradicional de que a Constituição dos Estados Unidos confere apenas direitos 'negativos' e não 'positivos' e, portanto, impede que os indivíduos sejam vistos como titulares de direitos sociais e econômicos, garantindo a eles apenas proteção contra certas formas de intervenção estatal⁴⁷¹.

Como princípio, a dignidade tem múltiplos papéis: funcionar como fonte de direitos – e deveres – incluindo os que não estiverem enumerados, mas que são reconhecidos nas sociedades democráticas maduras; e um papel interpretativo, informando a interpretação dos direitos fundamentais⁴⁷².

⁴⁷⁰ MAHLMANN, Matthias. Human Dignity and Autonomy in Modern Constitutional Orders. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012, p 370-396, p. 379-382. Barroso, no entanto, com Goodman, entende que a Suprema Corte norte-americana ainda tem um papel muito tímido, sendo que o mais próximo que teria chegado de uma concepção da Constituição americana capaz de conferir direitos a prestações sociais teria sido em *Goldberg v. Kelly* [397 U.S. 254 (1970)], no qual se sustentou que os beneficiários da assistência social não poderia ter os seus benefícios revogados sem contraditório, ponderando o justice William Brennan, "the Nation's basic commitment has been to foster the dignity and well-being of all persons within its borders. We have come to recognize that forces not within the control of the poor contribute to their poverty (...) Welfare, by meeting the basic demands of subsistence, can help bring within the reach of the poor the same opportunities that are available to others to participate meaningfully in the life of the community. At the same time, welfare guards against the societal malaise that may flow from a widespread sense of unjustified frustration and insecurity. Public assistance, then, is not mere charity, but a means to 'promote the general Welfare, and secure the Blessings of Liberty to ourselves and our Posterity.'" E em *Harris v. McRae* [448 U.S. 297 (1980)], a Corte rejeitou a alegação de que a cláusula de igual proteção era violada ao se negar o acesso de mulheres pobres ao financiamento do Medicaid para a realização de abortos clinicamente necessários. Ao divergir de forma contundente, o Justice Marshall denunciou a visão majoritária como o 'o produto de um esforço para negar aos pobre o direito constitucional reconhecido em *Roe v Wade*.' [448 U.S. 338 (1980)] (BARROSO, 2013, p. 52)

⁴⁷¹ GOODMAN, Maxine. Human dignity in Supreme Court constitutional jurisprudence, **Nebraska Law Review**, n. 84, p. 757, 2005-2006 *Apud* BARROSO, 2013, p. 42-43.

⁴⁷² BARROSO, 2013, p. 65-66.

É papel, então, do Judiciário constantemente (re)definir o seu conteúdo, tal qual um romance em cadeia constrói seus personagens e seu enredo, tal qual o direito brasileiro entre uma multiplicidade de referências – Constituição, leis, prática administrativa e, particularmente, a partir de decisões judiciais – construiu (e permanecerá construindo) o conteúdo do direito à assistência social.

Anota Barroso, no entanto, que a invocação da dignidade humana pela jurisprudência tem se dado como mero reforço argumentativo de algum outro fundamento ou como ornamento retórico, tendo em vista o grau de abrangência e detalhamento da Constituição brasileira, inclusive no seu longo elenco de direitos fundamentais, prescindindo do recurso explícito à dignidade humana⁴⁷³.

Ana Paula de Barcellos, aliás, organiza os dispositivos constitucionais concernentes à dignidade humana em 4 (quatro) níveis, em ordem progressiva de determinação, partindo do princípio mais genérico, passando por princípios em que os fins já estão mais bem delineados, embora os meios continuem indefinidos, até chegar a subprincípios e mesmo a regras.

As normas reunidas no último nível foram agrupadas em 3 (três) grupos por temas, a saber: educação, saúde e assistência aos desamparados.⁴⁷⁴

Anota a autora que, nesse último nível, a ação estatal para a garantia dos aspectos materiais da dignidade da pessoa humana envolve oferecer condições mínimas para que as pessoas possam se desenvolver e tenham chances reais de assegurar por si próprias níveis de sobrevivência razoavelmente compatíveis à dignidade humana. Essa é a ideia, afinal, de *igualdade de chances* ou *igualdade de oportunidades*. A assistência social ou aos desamparados é o desdobramento da dignidade da pessoa humana, funcionando como uma espécie de "*rede de segurança, abaixo da qual ninguém deve temer cair*"⁴⁷⁵. Essa é a ideia, vista alhures, de Dworkin.

⁴⁷³ BARROSO, 2013, p. 115.

⁴⁷⁴ No que concerne à assistência social, eis como ficou a organização: Nível I: Preâmbulo, Art. 1º, III; art. 170, caput; art. 226, § 7º; Nível II: Art. 3º, III; art. 23, X; Nível III: Art. 6º; Nível IV: Assistência aos desamparados: Art. 7º, II, XXIV, XXV; art. 23, II e IX; art. 201, I a V; art. 203; art. 229; art. 230; art. 245. (BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 187-193). Os três grupos do nível quatro são os três elementos materiais que compõem, segundo a autora, o mínimo existencial, ao qual se agrega um elemento instrumental consistente no acesso à Justiça. (*Ibid*, p. 288)

⁴⁷⁵ *Ibid*., p. 208-210.

É a ideia, enfim, do presente trabalho, num percurso de que vai galgando concretude, mas que reclama unidade de valor e coerência discursiva.

Por fim, se, no último nível, a garantia da dignidade da pessoa humana envolve oferecer condições mínimas para que as pessoas possam viver de forma digna e se desenvolver, como último ponto para definir o seu conteúdo principiológico, após a igualdade e a dignidade, deve-se falar acerca de em que consistem essas condições mínimas.

4.4.3 Mínimo Existencial

Para Barroso, a dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada ao mínimo existencial:

[...] dignidade da pessoa humana expressa um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio da humanidade. O conteúdo jurídico do princípio vem associado aos direitos fundamentais, envolvendo aspectos dos direitos individuais, políticos e sociais. Seu núcleo material elementar é composto do *mínimo existencial*, locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade. Aquém daquele patamar, ainda quando haja sobrevivência, não há dignidade. O elenco de prestações que compõem o mínimo existencial comporta variação conforme a visão subjetiva de quem o elabore, mas parece haver razoável consenso de que inclui renda mínima, saúde básica educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos.⁴⁷⁶

Também no direito civil, fala-se na garantia de um patrimônio mínimo⁴⁷⁷, sustentando Fachin que não se confunde patrimônio com o propriedade, devendo inverter-se o *locus* das preocupações do direito, para centrá-las na pessoa concreta, abandonando a postura patrimonialista vigente⁴⁷⁸. Segundo ele, o mínimo não deve ser considerado o menor valor, mas um equilíbrio:

⁴⁷⁶ BARROSO, 2003, p. 335-336.

⁴⁷⁷ FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 1, que fala especificamente em "patrimônio mínimo", fundado no princípio da dignidade humana: "Trata-se de um patrimônio mínimo mensurado consoante parâmetros elementares de uma vida digna e do qual não pode ser expropriada ou desapossada. Por força desse princípio, independente de previsão legislativa específica instituidora dessa figura jurídica, e, para além de mera impenhorabilidade como abonação, ou inalienabilidade como gravame, sustenta-se existir essa imunidade juridicamente inata ao ser humano, superior aos interesses dos credores."

⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 44.

Tal mínimo é valor e não metrificação, conceito aberto cuja presença não viola a ideia de sistema jurídico axiológico. O mínimo não é menos nem é ínfimo. É um conceito apto à construção do razoável e do justo ao caso concreto, aberto, plural e poroso ao mundo contemporâneo⁴⁷⁹.

Extraí-se o direito ao mínimo existencial do objetivo fundamental da República Federativa do Brasil de "erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais" (art. 3º, III).

Ricardo Lobo Torres anota que decorre também de algumas imunidades contra a incidência de tributos (art. 5º, XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, art. 154, § 4º, etc.), no art. 6º, marcando a jusfundamentalidade dos direitos sociais, e também na vinculação de receitas às despesas com educação, saúde, pobreza etc.⁴⁸⁰

Em sua dimensão negativa, realiza-se por imunidades fiscais; em sua dimensão positiva, realiza-se pela entrega de prestações de serviço público gratuito, subvenções e auxílios a entidades filantrópicas, entrega de bem público⁴⁸¹.

Para além dessas previsões abstratas, como se viu, muito do seu conteúdo provém das Cortes.

O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, aliás, é o mais festejado nesse aspecto, fundando o direito ao mínimo existencial na dignidade humana, na cláusula do Estado Social e no princípio da igualdade, como visto no caso acima citado por Alexy e no caso da reforma do "Hartz IV". O direito à assistência social, aliás, foi expressamente reconhecido como o "mínimo para uma existência digna"⁴⁸².

A Suprema Corte dos Estados Unidos também já fez expressa referência ao princípio, falando em "minimum protection", em casos de tributos e taxas confiscatórias, além de decisão denegatória de benefícios previdenciários e serviços médicos a não residentes⁴⁸³.

O mínimo existencial conforma a dignidade, inserindo-se no conteúdo de cada direito social (à saúde, à assistência social, à moradia), mas não é, contudo,

⁴⁷⁹ FACHIN, 2006, p. 280-281.

⁴⁸⁰ TORRES, 2009, p. 9.

⁴⁸¹ *Ibid*, p. 117.

⁴⁸² *Ibid*, p. 64-65. Citando a decisão BVerfGE 40, 121 (133).

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 66-67. Citando as decisões *Shapiro v. Thompson* (394 U.S. 618, 1969); *Memorial Hospital v. Maricopa County* (415 U.S. 250, 1974)

um conteúdo fixo. Está condicionado espacial e temporalmente. Alexy, por exemplo, entende que o mínimo só é aferível por comparação⁴⁸⁴.

Segundo Torres, o problema do mínimo existencial confunde-se com o próprio problema da pobreza⁴⁸⁵. Os pobres, conforme conceito assumido pelo Ministério do Desenvolvimento Social, são aquelas famílias com renda de até ½ salário mínimo per capita, enquanto indigentes, de até ¼ do salário mínimo⁴⁸⁶.

Ou seja, no tocante ao benefício assistencial, como se verá, este tem como destinatário legal apenas o indigente, quando deveria abranger, pelo menos, também os pobres. Houve, portanto, um nivelamento por baixo dos destinatários do direito.

As garantias fisiológicas não são a única aspiração humana, de modo que o conteúdo do mínimo existencial abrange um conjunto de garantias materiais para uma vida condigna. O mínimo não é meramente vital.

Como adverte Marcus Orione Correia, "A nós é dado existir na perspectiva de uma sociedade de consumo. Somos cidadãos/consumidores. Aos pobres, apenas a cidadania no sentido da sobrevivência a partir dos mínimos".

Não há liberdade para essas pessoas, que passam a viver a partir de expectativas bastante reduzidas em relação ao papel que deve ser por elas cumprido no mundo. "Um papel sub-humano, já que desejamos delas que, quando muito, apenas se utilizem dos benefícios sociais para 'comer' e nada mais."⁴⁸⁷

A existência que deve ser garantida por este mínimo não é, então, apenas uma experiência física, mas também espiritual e intelectual, "aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a

⁴⁸⁴ ALEXY, 1997, p. 414.

⁴⁸⁵ TORRES, 2009, p. 17.

⁴⁸⁶ BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 4ed. São Paulo: LTr, 2006, p. 116. No que diferem dos indigentes: "A linha de indigência é definida pela renda necessária para atendimento das necessidades calóricas mínimas de um indivíduo. A linha de pobreza é calculada como um múltiplo da linha de indigência, considerando a renda necessária para o atendimento de outras necessidades básicas mínimas, como vestuário, habitação e transportes. Pobres serão aqueles de renda inferior ao estabelecido na referida linha e não-pobres serão aqueles de renda superior." (MORO, Sérgio Fernando. Questões controvertidas sobre o benefício assistencial. In: ROCHA, Daniel Machado, et. al. **Temas atuais de Direito Previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, P. 143-160, p. 146-147)

⁴⁸⁷ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos Direitos Fundamentais Sociais, Solidariedade e Consciência de Classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Borchia (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 111-172, p. 125.

participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento"⁴⁸⁸.

É preciso compreender que a pessoa pobre necessita mais do que matar fome. Enfaticamente:

Se está fazendo frio, precisa comprar um agasalho ou um cobertor. Se a telha ou a porta de sua casa estão avariadas, é preciso consertá-las. Se um filho ficou doente, é preciso comprar remédio com urgência. Se é o dia de aniversário de uma filha, é possível que a mãe queira lhe dar de presente um par de sapatos⁴⁸⁹.

Deve-se ter o cuidado, portanto, de não servir o mínimo de subterfúgio para uma proteção deficiente ou aquém do possível. Ou seja: garantir o mínimo pode ser um pretexto para garantir pouco, quando se poderia garantir mais. Mas ele é, sim, um conceito necessário: "Para quem vive no absoluto desamparo e ignorância, a distância que o separa da dignidade, ainda que em seu próprio conteúdo mínimo, é todo o caminho de volta à sua própria humanidade."⁴⁹⁰

As garantias fisiológicas não são, assim, a única aspiração humana, como pondera Agamben, "o sentimento último de pertencimento à espécie não pode ser, em nenhum caso, uma dignidade."⁴⁹¹

Álvaro de Souza Cruz também sustenta a necessidade de uma garantia mínima de comida, educação e saúde para viabilizar qualquer participação na sociedade.

Anota o autor a discussão sobre o fundamento do mínimo existencial a partir da ponderação de valores (Ricardo Torres) e no grau de essencialidade, invocando,

⁴⁸⁸ BARCELLOS, 2008, p. 230. Chega a ser lugar-comum a quantidade de vezes que a advertência aparece na doutrina. Com autoridade: "Uma democracia não se constrói com fome, miséria, ignorância, analfabetismo e exclusão. *A democracia só é um processo ou procedimento justo de participação política se existir uma justiça distributiva no plano de bens sociais*" (CANOTILHO, 2008, p. 252) E Sarlet, que se refere ao mínimo sociocultural: "o mínimo existencial abrange não apenas a garantia da sobrevivência física (o que significaria a redução do mínimo existencial a um mínimo vital) quanto abarca o que se convencionou designar de um mínimo existencial sociocultural (e mesmo, como já se sustenta mesmo entre nós, de um mínimo existencial ecológico ou ambiental), incluindo, portanto, o direito à educação e, em certa medida, o próprio acesso a bens culturais." (SARLET, 2012, p. 320)

⁴⁸⁹ SUPLICY, Eduardo. Da Renda Mínima à Renda Básica no Brasil. CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Bacha. **Direito previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004, p. 70-103, p. 88-89. Defende há muito em sua atuação política a renda mínima, a fim de estimular o trabalho, como um imposto de renda negativo, de forma que a renda obtida pelo trabalho sempre será superior à renda do benefício. (*Ibid*, p.79-93)

⁴⁹⁰ BARCELLOS, *Op. cit.*, 2008, p. 355.

⁴⁹¹ AGAMBEN, 2008, p. 98.

porém, a noção de contingência e a estrutura do Direito como subsistema social na concepção de Luhmann (com correções de Habermas, vislumbrando a noção de mínimo social já dentro da argumentação moral), a fim de garantir as condições materiais para a participação, salientando que toda sociedade possui um mínimo de recursos que viabilize a existência física/orgânica das pessoas⁴⁹².

Desse modo, o conteúdo do mínimo existencial abrange um conjunto de garantias materiais para uma vida digna. Trata-se de um limite histórico que funda também a assistência social. A fronteira entre o que deve ser considerado básico ou essencial e o que se pode reputar adicional ou acidental, será sempre uma fronteira móvel, histórica e aberta⁴⁹³. Aliás, todos os conceitos – mínimo existencial, dignidade e mesmo a noção de igualdade – necessitam ser constantemente refundados.

Ana Paula de Barcellos, ao sustentar que o mínimo corresponde exatamente ao núcleo essencial da dignidade, traz uma imagem interessante: a de dois círculos concêntricos.

O círculo interior cuida do mínimo da dignidade. O espaço entre o círculo interno e o externo será ocupado, segundo ela, pela deliberação política, a quem caberá, para além do *mínimo existencial*, desenvolver a concepção de dignidade prevalente em cada momento histórico⁴⁹⁴. Sustenta-se, aqui, que mesmo o primeiro círculo é expansivo e que não apenas à deliberação política representativa cabe preencher os espaços, mas também à jurisdição constitucional e seu papel de intérprete da comunidade de princípios historicamente situada.

4.5 OMISSÃO PARCIAL INCONSTITUCIONAL

Dizer que há um mínimo não significa, como dito, que haja uma escusa para nada ou pouco fazer. Existe um direito fundamental à garantia dos recursos

⁴⁹² CRUZ, 2008, p. 87-136, p. 117-124.

⁴⁹³ PISARELLO, 2007, p. 85. No mesmo sentido: "O conteúdo do direito ao mínimo para uma existência digna depende da análise das necessidades concretas e do padrão social médio em determinado tempo e lugar." (BITTENCOURT NETO, 2010, p.178)

⁴⁹⁴ BARCELLOS, 2008, p. 282-283. Neste sentido também: "o direito ao mínimo é reserva última de eficácia da dignidade humana." (BITTENCOURT NETO, *Op. cit.*, 2010, p.178)

materiais mínimos a uma vida digna. O Estado é o principal devedor⁴⁹⁵ dessa prestação, sendo-lhe, no entanto, defeso atuar de forma deficiente⁴⁹⁶.

A proteção deficiente, em termos práticos, é um típico caso de inconstitucionalidade por omissão parcial, que consiste na hipótese de "cumprimento imperfeito de um dever de legislar".

Para identificar casos dessa espécie, ensina Moro, basta suprimir mentalmente o ato impugnado. Se o estado de inconstitucionalidade agravar-se, estar-se-á diante de inconstitucionalidade por omissão parcial. Defende o autor que, apesar de sustentarem que o julgador, neste caso, nada pode fazer, sob pena de atuar como "legislador positivo", o juiz pode fazê-lo desde que demonstre o desacerto do ato legislativo que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando solução que seja mais adequada, valendo-se, para tanto, de amplos dados de outras ciências⁴⁹⁷.

Do mesmo modo, para Marinoni, a "omissão de proteção" pode ser, sim, reconhecida judicialmente, ainda que por instrumentos técnico-processuais diversos da omissão tradicional⁴⁹⁸.

Barroso, por sua vez, entende que a omissão parcial comporta duas espécies: a chamada omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita.

Nesta, o legislador atua de modo insuficiente ou deficiente em relação à obrigação que lhe cabia, o exemplo clássico é o salário mínimo (ADI n.º 1458)⁴⁹⁹. Naquela, a lei exclui do seu âmbito de incidência determinada categoria que nele deveria estar abrigada, privando-a de um benefício, em violação à isonomia, deixando o ato impugnado de prever o alcance do dispositivo a outras categorias⁵⁰⁰, como ocorre, como se verá, com o Estatuto do Idoso.

Há, sustenta, três linhas possíveis de atuação judicial: a) a declaração da inconstitucionalidade por ação da lei que criou a desequiparação traria o

⁴⁹⁵ Sobre o papel do Estado e da sociedade civil cf. GABARDO, 2009.

⁴⁹⁶ CANOTILHO, 2002, p. 273: "Existe um **defeito de protecção** quando as entidades sobre quem recai um *dever de protecção* (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada aos direitos fundamentais. A verificação de uma *insuficiência de juridicidade estatal* deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais."

⁴⁹⁷ MORO, 2001, p. 91-92.

⁴⁹⁸ MARINONI, 2011, p.70.

⁴⁹⁹ BARROSO, 2012a, p. 298.

⁵⁰⁰ CLÈVE, 2000, p. 328.

inconveniente de universalizar a situação desvantajosa, em lugar de beneficiar os excluídos; b) a declaração de inconstitucionalidade por omissão parcial da lei, com ciência ao órgão legislador para tomar as providências necessárias; c) a extensão do benefício à categoria dele excluída, que esbarra em princípios como separação de Poderes, legalidade, orçamento e reserva do possível. Defende Barroso, como possível solução, a decisão judicial determinar a extensão do benefício à categoria excluída, a partir de um termo futuro⁵⁰¹, o que foi feito em 2010, na ADI n.º 875, referente ao Fundo de Participação dos Estados⁵⁰².

Clèmerson Cléve, ao tratar desse "agir insuficiente" anota que prevê a doutrina italiana a "pronúncia aditiva", a fim de colmatar a lacuna, sendo a simples anulação da previsão legal uma solução "desproporcionada"⁵⁰³.

Num efetivo diálogo interinstitucional, o sistema de controle de omissões tem especial papel, rompendo com o princípio de que somente o legislador inova e que qualquer mudança deve iniciar no parlamento. A Corte, com sua ação, estimula a reação do Legislativo.

No âmbito dos direitos sociais, essa questão ganha dificuldade maior, exigindo maior responsabilidade da jurisdição constitucional.

Jorge Reis Novais faz estudo específico sobre a jurisdição constitucional portuguesa em relação ao direito da Seguridade Social. Em se tratando de inconstitucionalidade por omissão, anota que tem sido inócua, deixando o legislador de atender à determinação do Tribunal Constitucional acerca da ausência de previsão de assistência material ao trabalhador de função pública em situação de desemprego involuntário (Acórdão n.º 474/02)⁵⁰⁴.

Ao longo de mais de duas décadas de jurisprudência constitucional no domínio dos direitos sociais marcada por uma grande autocontenção e até de condescendência com as decisões do legislador, a partir do Acórdão n.º 509/02 – referente à supressão do rendimento social de inserção (rendimento mínimo

⁵⁰¹ BARROSO, 2012a, p. 59.

⁵⁰² *Ibid*, p. 299.

⁵⁰³ CLÈVE, 2000, p. 327, 333-334.

⁵⁰⁴ NOVAIS, 2006, p. 191. Anota a postura de condescendência do Tribunal Constitucional português em relação às opções políticas do legislador: Acórdão n.º 330/89, em que não considerou inconstitucional uma taxa moderadora no acesso aos cuidados públicos de saúde; Acórdão n.º 148/94, sobre o aumento das taxas no ensino superior público; Acórdão 590/04, em que o Tribunal não considerou inconstitucional a revogação do crédito de moradia aos jovens. (*Ibid*, p. 193-194)

garantido) aos menores de 25 anos –, o Tribunal aprofundou a utilização dos princípios constitucionais estruturantes (igualdade, proteção da confiança, dignidade da pessoa humana). Entendeu-se que a supressão desse direito ofendia o mínimo à existência condigna, violando o princípio da dignidade da pessoa humana e sendo, portanto, inconstitucional⁵⁰⁵.

Novais sustenta que preferia uma fundamentação fundada na violação direta do direito à segurança social e no princípio da igualdade, chegando à feliz síntese: "Não há direitos, liberdade e garantias, de um lado, e direitos econômicos, sociais e culturais, do outro. Há, pura e simplesmente, direitos fundamentais" e, logo, um regime comum de proteção.⁵⁰⁶ Aqui, apesar de terem sido desenvolvidos em separados alguns temas – igualdade, dignidade e mínimo – compõem estes uma unidade (axiológica e jurídica), um regime comum, que deve ser coordenado quando se enfrenta uma questão concreta.

Nessa linha, prossegue Novais, anotando que encontrou os mais interessantes desenvolvimentos da jurisprudência constitucional portuguesa sobre direito à segurança social no plano referente ao rendimento mínimo indispensável a uma existência condigna: impenhorabilidade de prestações sociais (acórdão n.º 349/91, Acórdão n.º 318/99, 62/2002, 177/2002 e 96/2004), além da já anotada questão referente ao rendimento social de inserção (Acórdão n.º 509/2002). Independentemente das debilidades notórias do Estado social, deve-se preservar, afirma, a manutenção objetiva de prestações materiais destinadas a assegurar uma existência digna⁵⁰⁷.

Enfim, essa série de decisões judiciais, além daquelas já citadas anteriormente, está a sugerir, também por aqui, a necessidade de uma análise concreta da efetivação dos direitos sociais, afinal, "a tarefa de diminuir as desigualdades sociais brasileiras, escândalo que acompanha o país desde sempre, (...) não será resolvida a golpes de princípio"⁵⁰⁸.

O problema, anota Álvaro de Souza Cruz, não está na Carta, mas nas relações sociais e, com base em Habermas, salienta a necessidade de políticas

⁵⁰⁵ NOVAIS, 2006, p. 195 e 206.

⁵⁰⁶ *Ibid*, p. 196-198.

⁵⁰⁷ *Ibid.*, p. 204-206.

⁵⁰⁸ RODRIGUEZ, No prelo, p. 37.

públicas de inclusão social, ainda que provisórias, a fim de evitar a perpetuação da dependência⁵⁰⁹.

Assim, compreendida a configuração discursiva dos direitos sociais e os seus principais princípios materiais – igualdade, dignidade e mínimo existencial – convém analisar, finalmente, o específico direito à assistência social.

⁵⁰⁹ CRUZ, 2008, p. 87-136, p. 89.

5 DIREITO À ASSISTÊNCIA SOCIAL

5.1 A ASSISTÊNCIA SOCIAL COMO TEXTO NORMATIVO

Ingo Sarlet é um dos doutrinadores nacionais que mais se aprofundou na temática acerca da efetividade dos direitos sociais, sustentando um direito fundamental à garantia das condições mínimas para uma existência digna e à assistência social:

[...] o direito à assistência social – considerado, pelo menos na Alemanha e, de modo geral, nos países que integram a União Européia, a principal manifestação da garantia do mínimo existencial – alcança o caráter de uma ajuda para a auto-ajuda (*Hilfe zur Selbsthilfe*), não tendo por objeto o estabelecimento da dignidade em si mesma, mas a sua proteção e promoção⁵¹⁰.

Inserida que está num contexto constitucional fundado na dignidade da pessoa humana, a assistência busca não apenas a erradicação da pobreza, mas também a redução das desigualdades sociais.

Antes do Estado Social, era a Igreja a maior responsável por medidas de assistência aos necessitados. Historicamente, numa breve referência às fontes, aponta-se o "*Act for the Relief of the Poor*", de Isabel I, na Inglaterra, em 1601, como a primeira "Lei dos Pobres", garantindo proteção aos carentes nas situações de enfermidade, invalidez e desemprego. Era, no entanto, um sistema gerido pelas paróquias, sustentado por intermédio de uma taxa obrigatória (*poor tax*)⁵¹¹.

Em seguida, as *Poor Laws* inglesas (Ato do Parlamento de Spennhamland, de 1795; *Poor Law Amendment Act*, de 1834) são as primeiras fontes parlamentares da assistência. Segundo Eurico Bittencourt Neto, as "*Poor Law*" formalizaram a substituição da contribuição voluntária – o dever religioso – pelo dever legal do Estado, dando origem a um modelo que procurou conciliar a repressão (com

⁵¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 22 jul. 2009.

⁵¹¹ BALERA, 2006, p. 108.

medidas como o confinamento) da mendicância (normalização⁵¹²) com a obrigação das autoridades públicas de socorrerem os indigentes. Não obstante, ressalva o autor:

[...] a história das ações públicas contra a pobreza do século XVI, XVII e XVIII, incluída a experiência inglesa, deve-se mais a uma luta contra a ameaça que a pobreza e a indigência representavam pela paz pública do que propriamente ao respeito a valores morais ou ao desejo de tornar melhor a vida dos materialmente menos favorecidos⁵¹³.

Outro marco constantemente citado foi o relatório Beveridge. William Beveridge, doutor pela Universidade de Oxford e Diretor da London School of Economics, foi escolhido para a reconstrução social inglesa, tendo em vista a guerra pela qual a Europa passara. Entre os princípios básicos do relatório estava a eleição de "cinco 'gigantes na estrada da reconstrução', a saber: necessidade, doença, ignorância, carência (desamparo) e desemprego." O Plano foi concebido para fazer parte de uma política mais global de progresso social e seria construído a partir da cooperação entre o Estado e o indivíduo. No entanto, Churchill e o Partido Conservador acharam o plano fora da realidade, de forma que só foi implementado quando o partido trabalhista inglês assumiu, em 1946⁵¹⁴.

No sistema interamericano, o Pacto de San Salvador (Decreto n.º 3.321/1999) prevê a especial proteção das pessoas com deficiência e sua família (art. 18) e idosos (art. 17) para que estas alcancem o máximo de desenvolvimento de sua personalidade

No Brasil, os primeiros registros da prática assistencial referem-se às Irmandades de Misericórdia. Desde a Constituição de 1824, previa-se a "garantia de socorros públicos". Em 1891, o mutualismo surgiu como um desenvolvimento do

⁵¹² Cf. sobre o poder normalizador: "Temos, portanto, desde o século XVIII (ou em todo caso desde o fim do século XVIII), duas tecnologias de poder que são introduzidas com certa defasagem cronológica e que são sobrepostas. Uma técnica que é, pois, disciplinar: é centrada no corpo, produz efeitos individualizantes, manipula o corpo como foco de forças que é preciso tornar úteis e dóceis ao mesmo tempo. E, de outro lado, temos uma tecnologia que, por sua vez, é centrada não no corpo, mas na vida; uma tecnologia que agrupa os efeitos de massa de uma população, que procura controlar a série de eventos fortuitos que podem ocorrer numa massa viva; uma tecnologia que procura controlar (eventualmente modificar) a probabilidade desses eventos, em todo caso em compensar seus efeitos." (FOUCAULT, Michel. **Em Defesa da Sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 297)

⁵¹³ BITTENCOURT NETO, 2010, p. 43-44.

⁵¹⁴ CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 7-9.

atendimento assistencial. A Constituição de 1934 previu o dever do Poder Público amparar, na forma da lei, os que estivessem em estado de indigência⁵¹⁵.

Não se tratava, porém, de um direito. É o Estado Social do segundo pós-guerra que já não se satisfará com políticas assistencialistas ocasionais.

A Lei Eloy Chaves cuidou do tema apenas de passagem e a Lei n.º 6.439/77, que cria o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social - SINPAS, integrou as atividades de assistência social, previdência e assistência médica, prevendo uma forma de assistencialismo centrado na figura da mulher do governante, herança da Legião de Caridade Darcy Vargas criada na IIGM. O Decreto n. 83.148/79 criou a Legião Brasileira de Assistência – LBA.

Como antecessor do atual benefício assistencial, foi criada a renda mensal vitalícia (Lei n.º 6.179/74), mantido de forma provisória após a promulgação da Constituição de 1988, pelo art. 139 da Lei n.º 8.213/91 e definitivamente extinto pelo art. 40 da Lei n.º 8.742/93.

As normas básicas de assistência social, na realidade, só foram consolidadas como direito, superando o perfil disciplinador e assistencialista, na Constituição de 1988. A LBA só foi desativada em 1995, criando-se o Ministério da Previdência e Assistência Social (hoje a Assistência está vinculada ao Ministério do Desenvolvimento Social).

Não se trata, como visto, de permitir a subsistência dos sujeitos, mas de, além disso, permitir a sua autodeterminação como, aí sim, sujeitos concretos de direito. O direito serve, então, ao resgate da dignidade dos excluídos.

O direito à seguridade social é previsto como direito fundamental pelo art. 6º da Constituição, que expressamente enumera como direitos sociais: a segurança, a saúde, a previdência social e a assistência aos desamparados. É o que basta para sustentar a sua fundamentalidade⁵¹⁶.

O art. 194 prevê, por sua vez, que a seguridade social constitui um “conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e de toda sociedade, destinada a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência”.

A Seguridade Social funda-se na solidariedade e visa garantir que o cidadão sinta-se seguro ao longo de sua existência, sendo um instrumento por meio do qual

⁵¹⁵ CEDENHO, Antonio Carlos. **Diretrizes constitucionais da assistência social**. São Paulo: Verbatim, 2012, p. 23-28.

⁵¹⁶ Sustentando a fundamentalidade do direito à assistência: SARLET, 2012, p. 118.

se pretende alcançar os objetivos da República constantes do art. 3º da CF⁵¹⁷: "construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e promover o bem de todos".

A assistência social é um dos pilares da Seguridade, destinada aos sujeitos não cobertos pela Previdência Social, não inseridos no mercado de trabalho, ofertando-lhe "condições de sobrevivência em enfrentamento à miséria, num primeiro momento e, para além disto, também propiciar condições mínimas de sobrevivência com dignidade"⁵¹⁸.

A Assistência Social, portanto, funda-se na gratuidade (no que difere da Previdência, que é contributiva⁵¹⁹) e na necessidade. Objetiva a assistência atender:

[...] àquela parcela da população que de alguma forma é marginalizada, seja porque não tem trabalho, seja porque não tem acesso ao estudo e consequentemente a oportunidades de trabalho, seja ainda aquela parcela que por falta de acesso à correta alimentação e cuidados médicos sofre debilidades físicas e convive com crônicos problemas de saúde, e assim como os demais acaba sendo preterida pelo mercado de trabalho⁵²⁰.

Trata-se, segundo Moro, de um "direito antipobreza", um direito de resgate⁵²¹.

Dispõe, ainda, a Constituição Federal sobre a assistência social:

⁵¹⁷ ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2009, p. 28.

⁵¹⁸ FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 264.

⁵¹⁹ Feijó Coimbra fala em relação jurídica de amparo ou de proteção para denominar as relações decorrentes das leis de previdência: "Por ela o cidadão já vinculado adquire o direito às prestações previstas na lei, mas a aquisição desses direitos só se efetua no momento em que o cidadão satisfaz a todos os pressupostos estabelecidos pelo texto legal para tornar-se credor da prestação. Vale dizer, só tem a pretensão, juridicamente assegurada, quando exhibe esses pressupostos, não bastando ser vinculado ao sistema." (COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 10ªed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999, p. 67).

⁵²⁰ CEDENHO, 2012, p. 23-28.

⁵²¹ MORO, 2003, pp. 144; 158.

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

- I - a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;
- II - o amparo às crianças e adolescentes carentes;
- III - a promoção da integração ao mercado de trabalho;
- IV - a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;
- V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. (g.n.)

Prevê sua concessão, no caput, a quem dela necessitar, sendo garantido, nos termos do inciso V do art. 203, o benefício mensal de um salário mínimo aos idosos e aos "portadores de deficiência" que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

O STF, no julgamento do Mandado de Injunção n.º 448, reconheceu a mora do Congresso Nacional, mas considerou que o dispositivo constitucional não era autoaplicável⁵²².

Como os seus destinatários são exatamente os hipossuficientes, a assistência independe de qualquer contribuição. Um dos princípios que rege a Seguridade Social, aliás, é o princípio da universalidade, na busca de torná-la acessível (a Saúde, a Previdência e a Assistência) a todos as pessoas residentes no país, inclusive estrangeiras⁵²³, em uma clara manifestação do princípio da igualdade.

A própria Constituição restringe "a quem dela necessitar", mas todo aquele que assim necessitar – estando implícita aí a noção de carência econômica ou vulnerabilidade social do usuário⁵²⁴ –, fará jus.

No entanto, a assistência social é séria candidata a servir de arma de manutenção de uma prática política muito cara à tradição brasileira e travestida de diversas formas – coronelismo, populismo e assistencialismo – que cria situações

⁵²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **MI 448**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1994, DJ 06-06-1997 PP-24871 EMENT VOL-01872-01 PP-00001.

⁵²³ ROCHA, 2009, p. 34.

⁵²⁴ SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 368.

convenientes de dependência em detrimento da autonomia individual, alimentando um certo clientelismo político:

[...] a dependência da assistência oficial acaba por gerar um contingente de 'clientes' da autoridade responsável pela política assistencialista. (...) Assim como em uma parábola, a partir de um determinado ponto ótimo, o atendimento aparentemente crescente de um aspecto da dignidade resulta em prejuízo a outros⁵²⁵.

Emerson Gabardo anota a crítica (de raízes católicas, segundo ele) no sentido de que o anonimato e a impessoalidade do Estado providência facilitam que o indivíduo continue indolente. "O regime burocrático do Estado social exclui a relação entre quem dá e quem recebe, em razão do que este 'anonimato' desenvolve um papel 'anestesiante', conformando o assistido no papel de vítima."⁵²⁶.

Não concorda, no entanto, pois, no Estado do bem-estar social consagrado na Constituição de 1988, há espaço para a solidariedade, sem o abandono do intervencionismo estatal. O risco não pode justificar a omissão.

Há diversas formas de promover a assistência. O programa Bolsa Família, instituído pela Lei n.º 10.836/2004, unificou diversos programas assistenciais (fome zero, bolsa escola, auxílio gás).

Há também a Lei de Segurança Alimentar (Lei n.º 11.346/2006) no âmbito federal, e os fundos de pobreza, sem prejuízo de outros programas estaduais e municipais. A renda mínima, diferente da assistência, por não exigir necessidade, positivou-se na Lei n.º 10.835/2004, de autoria do Senador Eduardo Suplicy, prevendo a renda básica de cidadania, mas não foi implementada.

Somam-se à legislação assistencial, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990); a legislação de apoio às pessoas com deficiência (Lei n.º 7.853, de 24 de outubro de 1989); a que institui a política nacional do idoso (Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994); o Estatuto do idoso (Lei n.º 10.741, de 1º de outubro de 2003); o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza (Emenda Constitucional n.º 31/00 e Lei Complementar n.º 11/2001); Lei n.º 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos municípios que instituírem programas de garantia de renda mínima associados a ações

⁵²⁵ BARCELLOS, 2008, p. 220-221.

⁵²⁶ GABARDO, 2009, p. 128-129.

socioeducativas; e a Lei nº 9.649/1999, que cria o Programa Comunidade Solidária; além da rede privada de entidades beneficentes de assistência social.

Apesar da profusão de leis, trata-se, no entanto, de uma política aparentemente descompassada, pois um governante não aproveita o trabalho anterior e tampouco preocupa-se com o trabalho do próximo.

De importância crucial aqui, é a Lei Orgânica da Assistência Social (Lei n.º 8.742, de 7 de dezembro de 1993).

Haveria três princípios constitucionais implícitos da assistência social:

1. Princípio da supremacia do atendimento ante as exigências econômicas, decorrente da solidariedade social e do caráter não contributivo;
2. Princípio do respeito à dignidade do cidadão;
3. Princípio da ampla divulgação de prestações, programas e projetos assistenciais.

E princípios explícitos:

1. Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento (art. 194, par. único, I, c/c art. 203: "...a quem dela necessitar.");
2. Seletividade e distributividade: eleição de situações prioritárias de atendimento;
3. Princípio da proteção aos indivíduos em situação de vulnerabilidade ou risco social;
4. Princípio da promoção da integração à sociedade e ao mercado do trabalho, não podendo ser a assistência social, segundo tal princípio, traduzida no sentido pejorativo de política assistencialista;
5. Princípio da descentralização político-administrativa;
6. Princípio da participação da população⁵²⁷.

A Lei n.º 8.742, de 1993, define, no seu art. 1º, a assistência:

A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

⁵²⁷ FORTES; PAULSEN, 2005, p. 268-271.

Traz, em seu artigo 4º, os seus princípios:

Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: I - supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica; II - universalização dos direitos sociais, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas; III - respeito à dignidade do cidadão, à sua autonomia e ao seu direito a benefícios e serviços de qualidade, bem como à convivência familiar e comunitária, vedando-se qualquer comprovação vexatória de necessidade; IV - igualdade de direitos no acesso ao atendimento, sem discriminação de qualquer natureza, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais; V - divulgação ampla dos benefícios, serviços, programas e projetos assistenciais, bem como dos recursos oferecidos pelo Poder Público e dos critérios para sua concessão.

Disciplinou, também, o comando constitucional referente ao benefício assistencial, ou benefício de prestação continuada – BPC, estabelecendo critérios para aferir a necessidade do grupo familiar e especificando os destinatários do direito – quem é o idoso e quem é o portador de deficiência. Eis a sua redação atual (g.n.):

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família. (Redação dada pela Lei n.º 12.435, de 2011)

§ 1º Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto. (Redação dada pela Lei n.º 12.435, de 2011)

§ 2º Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (Redação dada pela Lei 12.470, de 2011).

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo. (Redação dada pela Lei n.º 12.435, de 2011) (...)

§ 6º A concessão do benefício ficará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o § 2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social – INSS. (Redação dada pela Lei n.º 12.470, de 2011) (...)

§ 10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do § 2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.” (NR)

São, portanto, basicamente quatro os conceitos legais que se socorrem de normas gerais e abstratas para delimitar o conteúdo do direito constitucional: renda máxima, grupo familiar, idoso e deficiência.

Tsutiya analisa a norma jurídica assistencial. No antecedente, há o critério material: idosos e pessoa com deficiência e renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo; o critério espacial: todo o território nacional; e o critério temporal: data da entrada do requerimento (DER) até morte ou cessação das condições materiais. No consequente, o critério pessoal: sujeito ativo, o idoso e a pessoa com deficiência, e sujeito passivo, o INSS; e o critério quantitativo: um salário mínimo⁵²⁸.

A definição legal, tipicamente moderna, busca fechar o conteúdo da relação jurídica assistencial. Porém, esse fechamento é um processo de exclusão, deixando aparentemente para fora da norma pessoas não tão miseráveis/ dependentes/ idosas/ deficientes a ponto de se beneficiarem do direito, mas nem tão autônomas a ponto de, por si, manterem sua vida digna.

Situações que evidenciam a suspensão entre a norma e a realidade, tensionando direito e não direito, numa zona de indeterminação, um estado de exceção⁵²⁹, que demanda do intérprete a postura da qual se falou no início – com Foucault, Dussel, Agamben e, principalmente, Dworkin –, uma postura ética, um reconhecimento do (não) rosto, da vida em sua (não) relação com o Direito.

⁵²⁸ TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 439.

⁵²⁹ “Na verdade, o estado de exceção não é nem exterior nem interior ao ordenamento jurídico e o problema de sua definição diz respeito ao patamar, ou a uma zona de indiferença, em que dentro e fora não se excluem mas se indeterminam. A suspensão da norma não significa sua abolição e a zona de anomia por ela instaurada não é (ou, pelo menos, não pretende ser) destituída de relação com a ordem jurídica” (AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. [trad. Iraci D. Poleti]. São Paulo: Boitempo, 2004, p. 39). Cf. também CHUEIRI, Vera Karam. **Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico**. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Crítica da modernidade: diálogos com o direito*. Florianópolis: Boiteux, 2005, p.105.

Afinal, o idoso e a pessoa com deficiência e sua família são reais. Não modelos jurídicos. Pessoas privadas do gozo de direitos mínimos, excluídos – numa gestão biopolítica⁵³⁰ – da participação.

Até onde vão os fatos? Até onde as normas lhes alcançam? Eis a indiscernibilidade do campo, espaço híbrido de direito e de fato.

Isso sem falar nas perplexidades da própria política de assistência social.

Há um desestímulo ao trabalho formal dos membros do grupo familiar, pois o trabalho implica o aumento da renda familiar e a consequente cessação do benefício⁵³¹.

Há um desestímulo às relações familiares formais, porque o casamento poderia acarretar a cessação do benefício com o incremento formal da renda familiar.

Ainda que a união estável tenha o mesmo efeito legal, dificulta a fiscalização, de modo que não são raros os pedidos de pensão de companheiro(a), beneficiário da assistência social, que negou a sua condição familiar administrativamente e, após o óbito do companheiro beneficiário da previdência, pleiteia a proteção previdenciária, mais vantajosa do que a assistencial.

Há um desestímulo perverso ao acolhimento do membro pelos seus entes. O idoso, titular de um benefício assistencial, se tiver um companheiro(a)⁵³² ou se for acolhido pelo seu filho(a) solteiro(a), ainda que este tenha uma renda modesta, perderá o seu benefício.

Havia um desestímulo ao trabalho do próprio beneficiário da assistência social, mas isso foi amenizado pela Lei n.º 12.470/2011. Hoje, a pessoa com

⁵³⁰ Segundo FOUCAULT, o biopoder constitui um fenômeno caracterizado pela assunção da vida pelo poder, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico. Trata-se do “poder de ‘fazer’ viver e de ‘deixar’ morrer.” (FOUCAULT, 1999, p. 287). Cf. também. FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, R. M. (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p.259-281. SILVA, Thais Sampaio da. **Verdade processual moderna: uma perspectiva arqueogenealógica**. 87f. Monografia (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2004. Agamben é ainda mais contundente e, partindo da lição de Foucault, afirma: “À luz das considerações precedentes, entre as duas fórmulas insinua-se uma terceira, que define o caráter mais específico da biopolítica do século XX: já não *fazer morrer*, nem *fazer viver*, mas *fazer sobreviver*. Nem a vida nem a morte, mas a produção de uma sobrevivência modulável e virtualmente infinita constitui a tarefa decisiva do biopoder em nosso tempo.” (AGAMBEN, 2008, p. 155).

⁵³¹ JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ, Processo eletrônico n.º 5041107-19.2012.404.7000.

⁵³² JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ, Processo eletrônico n.º 5049714-21.2012.404.7000

deficiência que passe a exercer atividade remunerada tem seu benefício meramente suspenso (art. 21-A da Lei n.º 8.742/93, incluído pela Lei n.º 12.470/2011).

Na condição de aprendiz mantém seu benefício pelo período de dois anos (art. 20, § 9º, c/c art. 21-A, § 2º, da Lei n.º 8.742/93). Apesar da previsão desta mera suspensão do benefício – e não mais a sua cessação – em caso de atividade remunerada, inclusive na condição de microempreendedor individual, representar um avanço, na realidade, a baixa qualificação profissional redundaria que poucos conseguiriam um trabalho com renda superior ao valor do benefício, de modo que, exceto pelo período de aprendizagem, não haveria vantagem no trabalho remunerado⁵³³.

Talvez a cessação devesse ser gradativa, tal como ocorre com o retorno ao trabalho do aposentado por invalidez (art. 47 da Lei n.º 8.213/91).

Tudo isso são questões de política, inacessíveis, se o referencial é dworkiano, ao Judiciário. As questões de princípio, sim. É disso, então, que se trata aqui.

Uma questão de princípio ainda latente é a do estrangeiro residente no Brasil. Apesar da previsão do art. 5º da Constituição Federal ("...aos brasileiros e estrangeiros residentes no País...") e do próprio art. 203 ("a quem dela necessitar"), não está previsto no Decreto n.º 6.214/07, que, no art. 7º prevê o benefício apenas para os brasileiros natos ou naturalizados.

A questão está pendente no Supremo Tribunal Federal, no RE 587.970, rel. Min. Marco Aurélio. Nos casos da jurisprudência internacional: *Khosa et al. v. Minister of Social Development*, de 2004, a Corte constitucional sul-africana considerou que as previsões da lei sobre assistência social, que excluía aos residentes permanentes em situação de pobreza o acesso a ajudas sociais,

⁵³³ É que aponta o relatório do IPEA sobre políticas sociais, não é qualquer trabalho que deve ser buscado pelo beneficiário e a lógica da demanda tende a afastar as pessoas com deficiência do mercado de trabalho, pois as exigências das empresas não condizem com o perfil de grande parte delas (habilidades, metas, ritmo) e, dada a baixa escolaridade da maioria do público do BPC, a remuneração seria próxima ao salário mínimo. Após os descontos previdenciários, o salário líquido pode ficar abaixo do valor do BPC. Ademais, alguns beneficiários não têm condições de trabalhar em turno integral, o que pode reduzir o salário ainda mais. Ou seja, como conclui o relatório do IPEA, a menos que se considere a possibilidade de acumular o BPC (integral ou parcialmente) com a renda do trabalho, a inserção pode resultar em uma piora do bem-estar destas pessoas (IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Políticas sociais:** acompanhamento e análise. Brasília: IPEA, 2011, p. 62-63)

constituíam tanto uma vulneração ao direito a igualdade como ao direito à assistência social⁵³⁴.

A própria Suprema Corte americana, em *Plyer v. Doe* (1982), garantiu o acesso à educação aos estrangeiros residentes filhos de imigrantes, ainda que ilegais⁵³⁵.

Enquanto não decide o Supremo Tribunal Federal, a Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região tem o seguinte entendimento:

A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame.⁵³⁶

É um precedente. São razões que caberá ao STF (ainda que não formalmente obrigado) enfrentar de forma coerente e ética, enfim, com o cuidado que se exige no direito como integridade.

Assim, são inúmeras as situações em que a norma não deu conta dos fatos e estes padecem na zona anômica, recorrendo (quando fazem) ao Judiciário que, tantas vezes também, mas nem sempre, suspende a norma e decide sobre a exceção, decide sobre a vida, reincluindo o que fora excluído.

Revela-se, aqui, a exceção como a estrutura jurídica originária que persiste vigente, pois, afinal, somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem sentido.

A vida nua permanece exposta a essa violência. Sacra, mas desamparada. A anomia não é indiferente ao Direito, pertence não pertencendo. Aquele que não é tão miserável, não é tão carente, ou não é nacional fica nessa "terra de ninguém",

⁵³⁴ PISARELLO, 2007, 107-108. Cf. também: CHRISTIANSEN, 2008, pp. 684-685.

⁵³⁵ APPIO, 2008, p. 200-201.

⁵³⁶ Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, 2007.70.95.014089-0, Relator Rony Ferreira, D.E. 17/09/2008. No mesmo sentido: TRF4, REOMS 2005.70.01.005335-9, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 07/01/2008.

como fala Agamben⁵³⁷, entre a casa e a cidade, entre a dependência de sua família e o abandono do Estado.

Segundo Chueiri, o arranjo político-jurídico do mundo sofre, desde a sua constituição, o peso (ou a responsabilidade) do indecível, chamando a atenção para a inacessibilidade do próprio direito⁵³⁸. Eis precisamente o caso das inúmeras situações de fato que estão desprovidas de amparo assistencial.

Na concepção de direito como integridade, fincada na faticidade, as situações de indeterminação reveladas pela diversidade dos casos concretos demandará do intérprete o recurso aos princípios compartilhados histórica e intersubjetivamente, o recurso à Constituição, à igualdade e à promoção da dignidade.

É à análise crítica dessa atividade do intérprete-juiz⁵³⁹ e do seu compromisso ético com os direitos que se propõe o presente trabalho.

Trata-se, assim, de tornar os conteúdos dos direitos fundamentais “usufruíveis pelos cidadãos”, pois, como visto e como assinala Moraes, esse é um problema de teoria jurídica constitucional que depende “da compreensão mesma do perfil das normas que introjetam tais conteúdos e que aparecem, muitas vezes, apenas como embelezamentos estratégicos e legitimadores da ordem normativa estatal, sem refletirem-se no cotidiano prático do cidadão”⁵⁴⁰.

O Benefício de Prestação Continuada – BPC é, afinal, importante instrumento de inclusão social e transferência de renda. Segundo o Relatório de Gestão da Secretaria Nacional de Assistência Social - SNAS, o BPC atendeu cerca de 3,8 milhões de beneficiários em 2012, sendo 2.021.721 de pessoas com deficiência, representando um investimento de R\$ 14,65 bilhões, e 1.750.121 de

⁵³⁷ AGAMBEN, 2002, p. 98.

⁵³⁸ CHUEIRI, 2005, pp. 98-99.

⁵³⁹ “Las decisiones judiciales que se desarrollan en el área de los derechos sociales no son una excepción al respecto: algunas pueden considerarse como favorables al ideal regulatorio de la democracia deliberativa (por ejemplo, el ayudar a integrar grupos indebidamente marginados del sistema político, o al obligar a las autoridades políticas a justificar sus decisiones de manera más apropiada), mientras que otras pueden verse como orientadas en la dirección opuesta (por ejemplo, el suponer que la constitución es compatible con un solo modelo económico). Y es relevante reconocer esta distinción, al menos para dejar atrás un dogmatismo que a veces parece afectar a nuestra comunidad legal: el que sostiene que la ‘Democracia’, con mayúscula, exige sistemáticamente a los jueces no poner en práctica los derechos sociales económicos.” (GARGARELLA, 2007, p. 141).

⁵⁴⁰ MORAIS, J. L. Bolzan. Fragmentos para um discurso concretista e uma prática dos direitos humanos. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v.1, n.1. Porto Alegre: *Instituto de Hermenêutica Jurídica*, 2003, p. 115.

peças idosas, o que demandou um investimento de R\$ 13,8 bilhões. Em 2012, os beneficiários foram inseridos no cadastro único da SNAS. Contam, ainda, com o BPC na Escola e o BPC Trabalho, iniciativas que buscam ampliar a proteção e a inclusão no sistema educacional e no mercado de trabalho⁵⁴¹. Têm, desde 2010, direito à Tarifa Social de Energia Elétrica (TSEE), nos termos do art. 2º, II, da Lei n.º 12.212/2010.

O Benefício Assistencial, sugere o relatório, possui um potencial efeito multiplicador, pois, além de significar garantia de renda para o beneficiário, dinamiza as economias locais, contribuindo para reduzir desigualdades regionais⁵⁴². Ou seja, é dinheiro que é inserido no mercado de consumo.

Esse mesmo relatório mostra que, em 2012, houve queda da taxa de concessão total em relação aos benefícios requeridos, tanto para os idosos quanto para as pessoas com deficiência, enquanto as concessões por via judicial mostraram uma trajetória ascendente, especialmente em relação às pessoas com deficiência, que atingiram 20,1% das concessões de 2012⁵⁴³. Eis as tabelas⁵⁴⁴:

Indicadores	2010	2011	2012	2011/2010	2012/2011
Taxa de concessão do BPC Pessoa Idosa em relação aos benefícios requeridos	80,70%	77,80%	72,75%	(-) 2,9%	(-) 5,0%
Taxa de concessão do BPC Pessoa Idosa por via judicial	4,40%	5,40%	6,41%	1%	1%
Proporção de concessão do BPC Pessoa Idosa em relação à concessão total	44,9%	49,20%	46,72%	4,30%	(-)2, 48%

Indicadores	2010	2011	2012	2011/2010	2012/2011
Taxa de concessão do BPC Pessoa com Deficiência em relação aos benefícios requeridos	45,50%	43,40%	41,20%	(-) 2,1%	(-) 2,2 %
Taxa de concessão do BPC Pessoa com Deficiência por via judicial	15,10%	17,70%	20,13%	3%	2,4%
Proporção de concessão do BPC Pessoa com Deficiência em relação à concessão total	55,1%	50,80%	53,38%	(-) 4,3 %	2,5%

A diferença de percentual referente à concessão judicial entre o idoso e a pessoa com deficiência deve-se à necessidade que esta tem de atender a dois

⁵⁴¹ BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Relatório de gestão 2012**. Brasília: MDS, 2013, p. 17 e 166-167.

⁵⁴² *Ibid*, p. 89.

⁵⁴³ *Ibid*, p. 45.

⁵⁴⁴ Fonte: Suíbe/dataprev

requisitos, deficiência e critério econômico, enquanto a pessoa idosa, uma vez que a idade é objetiva, precisa atender apenas ao critério econômico.

Isso explica a alta taxa de concessão referente ao benefício do idoso (72,75% em 2012) em relação à pessoa com deficiência (41,20% em 2012) e a necessidade maior que esta tem de recorrer ao Judiciário, implicando, portanto, uma alta taxa de concessão judicial (20,13% em 2012) em relação à concessão judicial ao idoso (6,41% em 2012).

Há também uma redução na taxa de concessão ao longo dos três anos analisados. Esses indicadores, segundo o relatório consultado, "refletem, por um lado, a melhoria da qualidade e rigor e mudanças na metodologia das avaliações realizadas pelo INSS e, por outro, eventuais represamentos do processamento de novos requerimentos em razão de déficits de RH nas APS"⁵⁴⁵.

Ou seja, ou houve um aumento do "rigor" das análises administrativas; ou os pedidos não têm sido processados por deficiência na estrutura administrativa. Isso levou ao aumento das concessões judiciais.

Esse relatório já levava, inclusive, em consideração a orientação da jurisprudência e a possível alteração do entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca do critério econômico, estimando outros critérios além dos expressamente definidos pela legislação.

Um desses estudos consistiu em estimar os gastos com medicamentos de famílias com renda superior a ¼ do salário mínimo, revelando que os gastos com medicamentos da pessoa idosa representam parcela significativa da renda, chegando a comprometer em média 51% do salário mínimo. Aponta também a necessidade de ponderar os outros indicadores importantes de comprometimento e restrição de renda, como os gastos com educação, água/luz/telefone e aluguel⁵⁴⁶.

O outro estudo mencionado consistiu na construção de hipóteses de alteração dos critérios de renda para concessão do benefício, estimando-se

⁵⁴⁵ BRASIL, 2013, p. 63. APS são as Agências da Previdência Social.

⁵⁴⁶ *Ibid*, p. 132.

[...] o total de beneficiários bem como o impacto orçamentário para concessão do BPC a pessoas cujas famílias tenham renda per capita entre $\frac{1}{2}$ e $\frac{1}{4}$ do salário mínimo, bem como o impacto físico-financeiro caso fosse excluído do cálculo da renda familiar per capita, para fins de concessão do BPC, qualquer benefício previdenciário de 1 salário mínimo. Esse estudo revelou que a mudança acarretaria um impacto no orçamento, correspondente a 2012, de aproximadamente R\$ 13,3 bilhões, dos quais R\$ 10,2 bilhões correspondem à mudança do critério de renda de $\frac{1}{4}$ para $\frac{1}{2}$ salário mínimo e R\$ 3,1 bilhões são referentes à hipótese de exclusão do cálculo da renda familiar per capita de qualquer benefício previdenciário de 1 salário mínimo.

O parágrafo termina com uma feliz menção à necessidade de ampliação do orçamento, para assegurar "o direito constitucional de acesso ao benefício."⁵⁴⁷.

Cabe, agora, verificar em que consiste esse espaço das decisões judiciais e como elas vêm escrevendo esse "romance em cadeia".

5.2 AS DECISÕES JUDICIAIS NO ÂMBITO DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O conteúdo da relação do direito fundamental à assistência social deve ser interpretado em consonância com Constituição. Não apenas em relação à norma que prevê o benefício assistencial, mas, como unidade, como direito fundamental, em relação aos princípios previstos na Constituição de 1988, tais como o princípio da igualdade, da dignidade humana e, mesmo, o mínimo existencial.

Retomando a lição de Dworkin, os casos concretos demandarão do intérprete a abertura dos conceitos legais por meio dos princípios, extraindo da zona de indeterminação situações supostamente não alcançadas pela norma⁵⁴⁸.

Assim, o Judiciário tem atuado com especial papel na concretização desse direito, ainda que, conforme denunciou Savaris, a jurisprudência seja redutora numa óptica deveras consequentialista, destacadamente mediante a avaliação dos impactos das decisões judiciais sobre o orçamento da Seguridade Social e por

⁵⁴⁷ BRASIL, 2013, p. 133.

⁵⁴⁸ "Ao ressaltar a dimensão moral do direito, através dos princípios e combiná-la com o processo histórico de construção do direito (...) Dworkin defende um conceito interpretativo do direito que supera a limitação positivista de um sistema constitucional fechado e auto-referente, mas ao mesmo tempo, não cai no extremo oposto da total indeterminação do direito (como instrumento da política)." (CHUEIRI, Vera Karam. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso**: discursos do direito Florianópolis: Boiteux, 2006, p.163-164.)

considerações econômicas de natureza utilitarista⁵⁴⁹. Cita as Suspensões de Segurança n.º 471-9/DF e 472-7/DF (j. 13.04.1992), em que o STF suspendeu decisão que determinava o reajuste de prestações previdenciárias sob o argumento de "desestabilização das finanças da Previdência Social"⁵⁵⁰.

Adverte também que muitas vezes as decisões são meramente subsuntivas, negando qualquer análise das condições pessoais do trabalhador, como ocorreu na decisão do STJ, AgReg no Resp n.º 674.036/PB (j. 09/11/2004), em que se negou a aposentadoria por invalidez a um trabalhador braçal em idade avançada com baixo nível intelectual, tendo em vista que o laudo pericial indicava apenas uma incapacidade parcial (para a atividade habitual), que autoriza apenas a concessão do auxílio-doença, e não total (para qualquer atividade), como exige a lei para a aposentadoria, porque aqueles critérios não têm previsão legal.

Atualmente, o STJ já sinalizou a alteração de sua orientação (REsp 965.597/PE, j. em 23/08/2007)⁵⁵¹.

Ainda que o benefício seja devido e pago pela União, o Decreto n.º 1.744/95 (e o atual Decreto n.º 6.214/2007) impôs ao INSS a operacionalização do benefício, razão pela qual é o legitimado passivo nas causas envolvendo o direito ao benefício (STJ – EREsp 197870 – 3ª Sessão – rel. Min. Arnaldo Lima, j. 10.05.2006, restando cancelada a Súmula n.º 61 do TRF da 4ª Região que determinava a inclusão da União como litisconsorte).

São, como visto, basicamente quatro os conceitos legais que se socorrem de normas gerais e abstratas para delimitar o conteúdo do direito constitucional ao benefício: idoso, deficiência, grupo familiar e renda.

Os destinatários do benefício assistencial de acordo com a Constituição são os idosos e as pessoas com deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. Nas palavras de Perlingieri:

⁵⁴⁹ SAVARIS, José Antônio. **Uma teoria da decisão judicial da Previdência Social**: contributo para superação da prática utilitarista. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012, p. 148-149. Sobre o tema, cf também: CORREIA; CORREIA, 2007, p. 66-67: "O que não é possível é que a segurança econômica (ou qualquer outra segurança externa) venha a influir no conceito constitucional, fazendo com que, num determinado momento, o conceito constitucional tenha uma conformação e, num outro, uma nova, diametralmente oposta."

⁵⁵⁰ SAVARIS, *Op. cit.*, 2012, p. 155.

⁵⁵¹ *Ibid*, p. 234.

[...] o idoso, doente ou não, é pessoa que deve ser respeitada na sua dignidade. A civilização de um País é medida com base no tratamento reservado às pessoas mais vulneráveis, aos marginalizados, aos diversamente hábeis, à efetiva concretização histórica da centralidade da pessoa.⁵⁵²

Trata-se de uma evidente situação de desigualdade de oportunidades, reclamando a intervenção estatal, a fim de assegurar condições materiais dignas para essas pessoas.

O art. 20 da Lei n.º 8.742/93 disciplinou o benefício, estabelecendo critérios legais de concessão.

Quanto ao requisito etário, a atual redação do art. 20 da Lei n.º 8.742, de 1993, está em consonância com o art. 34 da Lei n.º 10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso), sendo necessário possuir 65 (sessenta e cinco) anos para fazer jus ao benefício.

Adverte Perlingieri que a própria definição de idoso é, no entanto, problemática, pois ela não se exprime unicamente em termos de idade de vida, mas também e sobretudo de conservação das estruturas e das funções psicofísicas, das potencialidades físicas e intelectuais⁵⁵³.

Há algumas teses que visam à concessão do benefício a partir dos 60 (sessenta) anos, nos termos do art. 1º do Estatuto do Idoso, mas, por ora, sem amparo jurisprudencial, uma vez que foi o próprio Estatuto que estabeleceu a idade de 65 (sessenta e cinco) anos para fins de concessão do BPC.

Há, por outro lado, quem defenda a necessidade de aumentar a idade para a concessão do benefício, pois, sendo igual à idade para aposentadoria do homem, desestimula a contribuição⁵⁵⁴.

Em relação ao conceito de deficiência, a jurisprudência evoluíra em relação ao conceito legal vigente anteriormente à Lei n.º 12.435/11, que exigia incapacidade para a vida independente, além da incapacidade para o trabalho.

A Turma Nacional de Uniformização – que, nos termos do art. 14, § 2º, da Lei n.º 10.259/01, incumbe-se de uniformizar as questões de direito decididas pelos Juizados Especiais Federais, foro naturalmente dedicado à matéria assistencial, em

⁵⁵² PERLINGIERI, 2008, p. 787.

⁵⁵³ *Ibid.*, p. 790.

⁵⁵⁴ TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito previdenciário**: regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 13ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2011, p. 19.

virtude da baixa expressão monetária dessas causas – editou inclusive o enunciado n.º 29 com o seguinte teor: “Para os efeitos do art. 20, § 2º, da Lei n. 8.742, de 1993, incapacidade para a vida independente não é só aquela que impede as atividades mais elementares da pessoa, mas também a impossibilita de prover ao próprio sustento.”

É que, claro, ainda que possa cuidar de afazeres básicos da vida diária, a pessoa não pode exercer atividade remunerada e, portanto, não tem condições de autoprover-se.

Assim, de maneira geral, a jurisprudência passou a exigir basicamente a incapacidade para o trabalho e, no caso do menor, a incapacidade para as atividades inerentes à sua faixa etária e a projeção da deficiência na capacidade para o trabalho (futuro)⁵⁵⁵ ou que exijam dedicação especial de outro membro do grupo familiar⁵⁵⁶, o que foi, em seguida, acolhido pelo próprio Regulamento do benefício (art. 4º, § 2º, do Decreto n.º 6.214/2007).

A doutrina também criticava essa limitação, tendo em vista que há pessoas com deficiência e com capacidade para algum trabalho, mas não de forma plena. Fazendo alusão ao decidido na Ação Civil Pública n.º 2002.61.00.024335-6/SP, que determinou o afastamento da exigência de incapacidade para a vida independente, Marcus Orione Correia destaca a vocação do benefício para a integração da pessoa com deficiência⁵⁵⁷.

É que o conceito de incapacidade não se reduz à avaliação estritamente médica (técnica), uma vez que pode ser extraído da análise de outras circunstâncias norteadoras do caso concreto, tais como nível de instrução, qualificação profissional, antecedentes profissiográficos, condições econômicas do lugar onde reside o pretendente do benefício, grau de dificuldade das atividades para as quais ainda estaria capacitado, idade e possibilidade de (re)inserção no mercado de trabalho.

⁵⁵⁵ É certo que, em relação à criança, não se pode falar em idade produtiva, para fins de atividade laboral, todavia a concessão do benefício assistencial ainda assim se justifica, na hipótese de deficiência que exija cuidados e atenção especiais constantes, denotando que a criança jamais terá vida independente e aptidão para o trabalho, sem contar que o benefício assistencial constitui, no caso, verdadeiro auxílio à família do deficiente, com o fim de a ele proporcionar existência digna." (MIRANDA, Jediael Galvão. **Direito da seguridade social:** direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 278)

⁵⁵⁶ TNU, PU 2006.82.02.502050-0, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 11.10.2010

⁵⁵⁷ CORREIA, 2010, pp. 169-171.

Um conceito, portanto, relativo de incapacidade, que foi, inclusive, adotado pelo TRF da 1ª Região na AC 2007.01.99.009094-3, j. 17.10.2007, que, apesar da incapacidade meramente parcial da autora, considerando as suas condições pessoais (sem companheiro, com seis filhos menores, sem formação ou aptidão técnica), deferiram o benefício⁵⁵⁸.

A capacidade que obsta a concessão do benefício é aquela que possibilita a obtenção de ganho estável, desempenhada em condições dignas, propiciando sua integração social e para concorrer a uma generalidade de postos do mercado de trabalho⁵⁵⁹.

Atualmente, conforme texto transcrito alhures, a Lei n.º 12.435/11 e a Lei n.º 12.470/11 alteraram a definição legal, para adotar exatamente o conceito da Convenção de Nova Iorque sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, internalizada com status de emenda constitucional, pois o Decreto Legislativo n.º 168/2008 observou o procedimento do art. 5º, § 3º, da Constituição.

O conceito, portanto, não é meramente legal, mas constitucional. Leva em conta dois aspectos principais: o biológico ("impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial") e o social ("que podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade, em igualdades de condições com as demais pessoas"). Tanto que o § 6º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 agora exige avaliação médica e social por médicos peritos e assistentes sociais para aferição da deficiência e do impedimento social.

Elaborada com a participação direta dos interessados – "*nothing about us without us*" –, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência insere-se no processo de construção do conjunto dos direitos humanos voltada para grupos vulneráveis.

O conceito de pessoa com deficiência – e é esta a terminologia correta (a deficiência está na sociedade, não nos atributos da pessoa) – carrega forte relevância jurídica ao incorporar na sua tipificação, além dos aspectos físicos,

⁵⁵⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius; ROSA, João Luiz Moraes, et. al. Assistência e Previdência Social em conexão com os direitos fundamentais: análise de casos. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173-219, p. 177-179, citando outros vários casos sobre a questão.

⁵⁵⁹ SAVARIS, José Antônio. Traços elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em direito previdenciário**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93-162, p. 119.

sensoriais, intelectuais e mentais, a conjuntura social e cultural em que a pessoa está inserida, superando a conceituação meramente clínica⁵⁶⁰.

A alteração já ensejou algum debate jurisprudencial em torno da definição de longo prazo como aquele que “produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos” (art. 20, §10, da Lei n.º 8.742/93), por não ter referência na Convenção.

A Turma Regional de Uniformização da 4ª Região reiterou o entendimento anterior acerca da possibilidade da incapacidade ser temporária⁵⁶¹, ponderando o relator, Juiz Federal Daniel Machado da Rocha:

Da mesma forma que o critério econômico previsto no §3º, penso que o legislador quis assentar um critério objetivo para orientar a administração. Aliás, sobre o critério econômico, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação 4374 e no RE n.º 580.963, declarou a inconstitucionalidade do § 3º do art. 20 da Lei 8.742/93. Tendo em vista os fundamentos constantes do voto do Ministro Gilmar Mendes, consolidou-se a possibilidade de reconhecimento da miserabilidade por outros meios de prova.

De forma análoga, penso que uma incapacidade temporária relevante, embora inferior a 02 anos, pode autorizar a concessão do benefício assistencial. Evidentemente que o benefício assistencial não pode ser transformado em um auxílio-doença.

Entretanto, considerando o caráter precário do benefício, e os princípios protetivos que orientam a assistência social, não é razoável que um cidadão que fica incapacitado por mais de um ano, e cuja subsistência não possa ser provida pela sua família, não receba nenhuma espécie de assistência⁵⁶².

Mais uma vez, as decisões judiciais vão ter que, aos poucos, conformar normativamente a lei.

Antes mesmo da internalização da Convenção, o Regulamento da Assistência havia sido alterado, passando a vigor o Decreto n.º 6.214/2007, e a incapacidade deixara de ter conotação meramente física, para ser tratada como um

⁵⁶⁰ FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. IN: SAVARIS, José Antônio (coord). **Curso de perícia judicial previdenciária**. São Paulo: Conceito editorial, 2011, p. 117-132, p. 118-119 e 122.

⁵⁶¹ "O art. 20 da Lei n.º 8.742/93 não impõe que somente a incapacidade permanente, mas não a temporária, permitiria a concessão do benefício assistencial, não cabendo ao intérprete restringir onde a lei não o faz, mormente quando em prejuízo do necessitado do benefício e na contramão da sua *ratio essendi*, que visa a assegurar o mínimo existencial e de dignidade da pessoa." (TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - PEDILEF 200770530028472, Rel. JUIZ FEDERAL MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA, Data da Decisão 13/09/2010, DOU 08/02/2011, SEÇÃO 1). Esse entendimento restou, inclusive, sumulado: Enunciado n.º 48 da TNU: "A incapacidade não precisa ser permanente para fins de concessão do benefício assistencial de prestação continuada."

⁵⁶² Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, 5009014-33.2013.404.7108, Relator p/ Acórdão Daniel Machado da Rocha, D.E. 18/11/2013

fenômeno complexo vinculado à dificuldade de inserção social e no mercado de trabalho, dependendo a concessão do benefício de avaliação realizada de acordo com a Classificação Internacional de Funcionalidades, Incapacidade e Saúde – CIF⁵⁶³.

Susanne Baer distingue a igualdade como direito a alguma coisa e a igualdade contra discriminação, o que é especialmente relevante no caso da pessoa com deficiência:

*Disability is, in a world shaped according to specific standards, a status of non-conformity with that standard, a way of being different. Equality law cannot fight that difference, but needs to accommodate that feature of human diversity, in light of the power relations in play*⁵⁶⁴.

A lei também buscou estabelecer a composição do grupo familiar⁵⁶⁵ – vale dizer, quem são as pessoas cuja renda (dividendo) e presença (divisor) incorporará o cálculo – por meio de um critério objetivo, geral e abstrato.

Anotar-se que os artigos 229 e 230 da CF/88 determinam que os pais têm o dever de assistir os filhos menores e os filhos maiores têm o dever de ajudar a amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade, assim como a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas. A assistência social é, então, subsidiária⁵⁶⁶.

A atual redação, trazida pela lei 12.435/11, buscou ampliar o conceito legal, antes restrito aos dependentes previdenciários arrolados no art. 16 da Lei n.º

⁵⁶³ TAVARES, 2011, p. 25. O Decreto foi seguido pela Portaria Interministerial MDF/INSS n.º 1/2009 e pela Portaria Interministerial MDF/INSS n.º 1/2011, a fim de permitir a implantação da nova avaliação.

⁵⁶⁴ BAER, 2012, p. 982-1001, p. 988, tradução livre: "A deficiência é, em um mundo moldado de acordo com padrões específicos, um status de não-conformidade com esse padrão, uma maneira de ser diferente. O direito à igualdade não pode lutar contra essa diferença, mas precisa acomodar essa característica da diversidade humana, à luz das relações de poder em jogo."

⁵⁶⁵ Sobre essa discussão particular: SILVA, Thais Sampaio da. Perspectiva transmoderna do direito fundamental à assistência social e ao benefício de prestação continuada: o sujeito de direito e sua família. In: GEBRAN NETO, João Pedro; HIROSE, Tadaaki. **Curso modular de direito constitucional**. São Paulo: Conceito editorial, 2010, p. 321-321-350

⁵⁶⁶ TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência social. SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 1123-1139, p. 1137.

8.213/91⁵⁶⁷. Hoje a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

O critério legal, no entanto, permanece fechado, ignorando a multiplicidade e dinamicidade de configurações familiares revelada pela complexidade da realidade social (por exemplos, os avós e seus netos, os tios e sobrinhos, irmãos casados).

Não abrangidas pelo texto da lei, o caso concreto demandará do intérprete a construção criativa a partir da Constituição, a fim de permitir, por meio de argumentos de princípios, a sua inclusão. Defende-se, portanto, que, tal como a renda, o conceito de família deve ser um conceito aberto. Não deve ser deslocado das suas reais condições de existência. É o que sugere a antropóloga Maria Thereza Couto: “As relações familiares não devem ser vistas como organizadas por normas dadas, mas como fruto de contínuas negociações e acordos entre seus membros⁵⁶⁸ “.

A aplicabilidade jurídica de um conceito contingente de família pautar-se-ia em relações de afetividade e mútua dependência:

[...] no permanente esforço para afastar o espectro da fome, as famílias pobres desenvolvem arranjos para gerar renda, garantindo a sobrevivência, produzindo-se uma solidariedade no grupo doméstico que vai além da família nuclear, constituindo a ‘família extensa’, obrigando à cooperação não somente de todos os membros da família conjugal, como de outros parentes e agregados, de forma que a renda familiar conta com contribuição substancial de todos⁵⁶⁹.

Assim: “O dado unificador é a comunhão espiritual e de vida, que se manifesta em uma pluralidade de articulações, em relação aos ambientes e ao diverso grau sócio-cultural: da família nuclear sem filhos à grande família⁵⁷⁰”.

⁵⁶⁷ Na vigência da redação anterior, a TNU uniformizou o entendimento pela aplicação estrita do critério legal familiar, não incluindo o ex-cônjuge que não presta alimentos, filhos maiores e parentes por afinidade na composição do grupo familiar (TNU, PU 2008.32.00.703412-3, Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 10.05.2010, DJ 25.06.2010; TNU, PU 2008.70.53.004016-6, Rel. Juiz Federal José Eduardo do Nascimento, j. 13.09.2010).

⁵⁶⁸ COUTO, Márcia Thereza. Estudos de famílias populares urbanas e a articulação com o gênero. Revista ANTHROPOLOGICAS, ano 9, volume 16(1), p. 198 *Apud* FORTES, Simone Barbisan. **Conceito de entidade familiar e seguridade social**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Previdenciário: módulo 3), p. 21

⁵⁶⁹ FORTES, *Op. cit.*, 2007, p.34.

⁵⁷⁰ PERLINGIERI, 2008, p. 973.

Cláudia Fonseca, citando a socióloga francesa Martine Segalen, entende mais adequado o conceito de parentesco:

[...] conjunto de pessoas ligadas pelo sangue ou por casamento ou por um laço pseudo-casamento que se reconhecem não em função de ancestrais, mitos ou territórios em comum, mas, sim, em função de direitos e deveres recíprocos, criados principalmente pela presença de crianças nascidas ou criadas por elas⁵⁷¹.

Prossegue, ressaltando que as redes são mobilizadas em função da criança, de sua guarda ou sobrevivência, servindo a sua circulação a estreitar laços entre indivíduos da rede⁵⁷².

Anote-se que várias outras previsões legais adotam conceitos diversos de família, caminhando para uma noção socioafetiva. O bolsa família, p.ex., adota o seguinte conceito: "unidade nuclear de pessoas ligadas por laços de parentesco ou afinidade, que formem um grupo doméstico, vivendo sob o mesmo teto, sobrevivendo da renda conjunta de todos os integrantes." (Lei n.º 10.836/2004, art. 2º, § 1º, I).

Assim, a noção de família é um típico exemplo da imbricação contemporânea entre direito privado e direito público e, mais do que isso, da constitucionalização do direito privado. Dessa forma, inúmeras demandas da Justiça Federal, tradicionalmente uma jurisdição voltada para o direito público, tendo em vista a natureza jurídica das partes (CF, art. 109, I), vão necessariamente exigir a instrução de categorias tradicionalmente privadas (família, união estável e filiação, p.ex).

Nessa toada, destaca Guilherme Calmon a regra de especial proteção do Estado em favor da família (CF, art. 227)⁵⁷³, que deve orientar a interpretação em qualquer matéria e, especificamente, no tocante ao Direito da Seguridade Social.

⁵⁷¹ SEGALEN, Martine. Introduction. In: GULLESTAD, Marianne; SEGALEN, Martine (orgs). *La famille en Europe: parenté et perpétuation familiale*. Paris: La Découverte, 1995. p. 15-16. *Apud* FONSECA, Cláudia. Família e proteção social: um aporte da antropologia. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antônio (org.). **Direito da previdência e assistência social**: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 233-250. p. 237.

⁵⁷² FONSECA, *Op. cit.*, 2009, p. 239.

⁵⁷³ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família e Direito Previdenciário: possíveis diálogos. In: SOUZA, Fábio. **Previdência e família**: intersecções entre o direito previdenciário e o direito de família. Curitiba: Juruá, 2012, p. 81-93, p. 82.

Uma rápida consulta aos precedentes das Turmas Recursais dos Juizados Especiais Federais do Paraná⁵⁷⁴ permite encontrar vários exemplos em que se discutiu o conceito de família, pois esta não se enquadrava no conceito legal, tendo em vista a natural situação de simbiose e mútua dependência em que se agregam as famílias.

Ei-los: menor sob guarda informal dos avós⁵⁷⁵; avós, seus filhos e netos, que persistem, apesar da constituição do novo núcleo, residindo na mesma residência⁵⁷⁶; irmão e cunhada⁵⁷⁷; sobrinho⁵⁷⁸ e genro⁵⁷⁹. Pode acontecer também que um dos membros da família tenha obrigações alimentares com outra pessoa, não residente.

A Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais⁵⁸⁰, no entanto, adota o conceito legal estrito⁵⁸¹, entendimento que foi, então, acompanhado

⁵⁷⁴ Link para consulta à jurisprudência temática. http://www5.jfpr.jus.br/tr_juris/?id_materia=24&id_assunto=44&num_pag=25. Acesso em 10 dez 2013.

⁵⁷⁵ JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2007.70.66.000103-0, rel. Juíza Federal Andréia Castro Dias, j. 29/03/2011. E JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2009.70.55.001172-3, rel. Juíza Federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira, j. 14/02/2011.

⁵⁷⁶ JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2010.70.56.002169-7, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 15/03/2011. Sobre a exclusão do neto: TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 4ª REGIÃO - Relator Ivori Luís da Silva Scheffer, D.E. 16/03/2009)

⁵⁷⁷ JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2009.70.53.002401-3, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 07/06/2010. E TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 4ª REGIÃO - IUJEF 2005.70.95.001701-2, Relatora Flávia da Silva Xavier, D.E. 10/09/2008

⁵⁷⁸ JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2009.70.52.001536-2, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 02/06/2010.

⁵⁷⁹ JUSTIÇA FEDERAL DO PR. 2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná. Processo eletrônico 2009.70.52.006349-3, rel. Juíza Federal Ivanise Correa rodrigues Perotoni, j. 16.06.2010.

⁵⁸⁰ O sistema recursal dos Juizados Especiais Federais, criados pela Lei n.º 10.259/2011 por força do art. 98, parágrafo único, da CF, é curiosamente complexo, havendo uma instância recursal ordinária (CF, art. 98, I) constituída pelas Turmas Recursais de cada Seção Judiciária, e três instâncias extraordinárias com o específico papel de uniformização de jurisprudência: as Turmas Regionais de Uniformização no âmbito de cada Tribunal Regional Federal, a Turma Nacional de Uniformização, vinculada ao Conselho da Justiça Federal, além do pedido de uniformização ao Superior Tribunal de Justiça (art. 14 da Lei n.º 10.259/2001). Questiona-se inclusive acerca da constitucionalidade desse recurso, justificando aqueles que a defendem que seria uma mera modalidade de Reclamação. (SAVARIS, José Antônio. XAVIER, Flávia da Silva. **Recursos cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 256). Há, por fim, o Recurso Extraordinário ao Supremo Tribunal Federal (CF, art. 102, III, "a"). Embora tenham o mérito de buscar a uniformização da jurisprudência, na prática, a composição das TRUs e, especialmente, da TNU, por mandato de dois anos, implica uma frequente oscilação de entendimentos.

pelas Turma Regional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais da 4ª Região⁵⁸² e, de forma geral, pela primeira e segunda instância.

Há famílias, no entanto, que não estão previstas na lei, seja para incluir a renda do ente familiar no dividendo, seja para incluí-lo no divisor, o que pode ser, em alguns casos, vantajoso e, em outros, desastroso. Assim, um casal, um filho e dois netos, em que a idosa pleiteia o benefício, enquanto o marido possui uma aposentadoria de valor mínimo e os demais membros não auferem qualquer remuneração, terá, pela interpretação estrita da lei, um renda per capita de ½ salário mínimo, sem direito ao benefício.

Esse cuidado permitiria estabelecer, diante da especificidade de cada caso, a adequada compreensão – extensa e dinâmica – da família. Vale dizer, a objetividade da norma não afasta outras interpretações que possam ser feitas diante da realidade descortinada no caso concreto. Não é, contudo, o entendimento jurisprudencial.

Enfim, é em torno dessas categorias – idoso, deficiente, grupo familiar e, como se verá a seguir, a renda – que se construiu (e está se construindo) a relação jurídica assistencial e do direito ao benefício assistencial.

Os debates jurisprudenciais mais intensos, as questões mais difíceis em relação ao benefício de prestação continuada discutem, no entanto, os limites do critério socioeconômico, seja em relação ao seu valor, seja em relação às pessoas que devem ser incluídas no cálculo.

Chama-se às vezes o critério econômico de "estado de miserabilidade", mas se trata de uma denominação infeliz. Como anota Savaris, a Constituição fala em necessidade, mas não exige um estado de miséria⁵⁸³.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1232, decidira pela constitucionalidade do limite legal de renda familiar per capita de ¼ do salário mínimo (art. 20, § 3.º da Lei n.º 8.742/93) em acórdão que restou assim ementado:

⁵⁸¹ TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS - Processo .2009.70.51.004967-3 - rel. Juiz Federal Adel Americo Dias de Oliveira - j. 25/04/2012.

⁵⁸² TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 4ª REGIÃO - IUJEF 2007.70.95.012699-5, Relatora Jacqueline Michels Bilhalva, D.E. 17/09/2008.

⁵⁸³ SAVARIS, 2009, p. 369

EMENTA: CONSTITUCIONAL. IMPUGNA DISPOSITIVO DE LEI FEDERAL QUE ESTABELECE O CRITÉRIO PARA RECEBER O BENEFÍCIO DO INCISO V DO ART. 203, DA CF. INEXISTE A RESTRIÇÃO ALEGADA EM FACE AO PRÓPRIO DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL QUE REPORTA À LEI PARA FIXAR OS CRITÉRIOS DE GARANTIA DO BENEFÍCIO DE SALÁRIO MÍNIMO À PESSOA PORTADORA DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E AO IDOSO. ESTA LEI TRAZ HIPÓTESE OBJETIVA DE PRESTAÇÃO ASSISTENCIAL DO ESTADO. AÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE⁵⁸⁴.

A medida cautelar fora antes indeferida, sob o fundamento que a suspensão de eficácia da norma seria mais prejudicial, pois a previsão constitucional não seria autoaplicável, dependendo, pois, da intervenção do legislador, o que foi referendado na decisão final, que acolheu, justamente, os critérios legais.

A leitura do votos, como se verá, sugere que o STF entendeu que a lei teria autonomia para definir o critério de renda de forma objetiva, sob pena do dispositivo constitucional não ter aplicabilidade. O fato de não abranger outras situações, segundo o Ministro Sepúlveda Pertence, vencido, indicaria a sua inconstitucionalidade por omissão, o que, no entanto, não era objeto daquela ADI.

A doutrina vinha apontando a deficiência dessa decisão do STF (e sinalizando a sua falta de força como precedente): "a decisão do STF não havia refletido adequadamente sobre a importância desse benefício para a população brasileira, estando completamente afastada do senso médio de justiça de toda a sociedade⁵⁸⁵".

Desse modo, algumas Reclamações ajuizadas pelo INSS contra decisões judiciais que estariam, em tese, contrariando a decisão da ADI, por afastar a exigência legal com base em dados subjetivos, foram julgadas improcedentes⁵⁸⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, em mais de uma oportunidade, decidiu nesse sentido, pacificando a discussão na 3ª Seção:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ART. 105, III, ALÍNEA C DA CF. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. POSSIBILIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA CONDIÇÃO DE MISERABILIDADE DO BENEFICIÁRIO POR OUTROS MEIOS DE PROVA, QUANDO A RENDA PER CAPITA DO NÚCLEO FAMILIAR FOR SUPERIOR A 1/4 DO SALÁRIO MÍNIMO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

⁵⁸⁴ ADI 1232, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095

⁵⁸⁵ ROCHA, 2009, p. 469.

⁵⁸⁶ Cf. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Reclamação 4133/RS**. rel. Min. Carlos Britto, julg. 22/06/2006, publicado no DJU de 30/06/2006, p. 40.

1. A CF/88 prevê em seu art. 203, caput e inciso V a garantia de um salário mínimo de benefício mensal, independente de contribuição à Seguridade Social, à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.
2. Regulamentando o comando constitucional, a Lei 8.742/93, alterada pela Lei 9.720/98, dispõe que será devida a concessão de benefício assistencial aos idosos e às pessoas portadoras de deficiência que não possuam meios de prover à própria manutenção, ou cuja família possua renda mensal per capita inferior a 1/4 (um quarto) do salário mínimo.
3. O egrégio Supremo Tribunal Federal, já declarou, por maioria de votos, a constitucionalidade dessa limitação legal relativa ao requisito econômico, no julgamento da ADI 1.232/DF (Rel. para o acórdão Min. NELSON JOBIM, DJU 1.6.2001).
4. Entretanto, diante do compromisso constitucional com a dignidade da pessoa humana, especialmente no que se refere à garantia das condições básicas de subsistência física, esse dispositivo deve ser interpretado de modo a amparar irrestritamente a o cidadão social e economicamente vulnerável.
5. A limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a 1/4 do salário mínimo.
6. Além disso, em âmbito judicial vige o princípio do livre convencimento motivado do Juiz (art. 131 do CPC) e não o sistema de tariffação legal de provas, motivo pelo qual essa delimitação do valor da renda familiar per capita não deve ser tida como único meio de prova da condição de miserabilidade do beneficiado. De fato, não se pode admitir a vinculação do Magistrado a determinado elemento probatório, sob pena de cercear o seu direito de julgar.
7. Recurso Especial provido.⁵⁸⁷

Também a Turma Nacional de Uniformização chegou a editar, em 11.04.2004, a Súmula n.º 11, com o seguinte enunciado: "A renda mensal, per capita, familiar, superior a ¼ (um quarto) do salário mínimo não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n.º. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante.", mas esta foi cancelada em 24.04.2006, no julgamento do Incidente n.º 2004.70.95.009545-6 (TNU - rel. Juiz Federal Hélio S. Ourem Campos), entendendo que esse entendimento feria a decisão do STF.

No entanto, mesmo na TNU esse entendimento não vingou e, logo em seguida, apesar de não editar novamente a súmula, considerando que o próprio STF sinalizava essa opção, voltou a julgar pela relativização do critério⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **REsp 1112557/MG**. Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009, g.n.

A Turma Regional de Uniformização da 4ª Região chegou a adotar outro critério, o do art. 5º, § 1º, da Lei n.º 9.533/97, de ½ do salário mínimo per capita, no seu enunciado de Súmula n.º 6 (cancelada em 07.07.2006, Processo 2004.70.95.000790-7)⁵⁸⁹, tal como sustentado pelo Ministro Gilmar Mendes na Reclamação n.º 4.374, mencionando também os critérios da Lei n.º 10.836/2004 (do bolsa família, atualmente R\$ 140,00 per capita); da Lei n.º 10.689/2003 (Programa Nacional de Acesso à Alimentação) e Lei n.º 10.219/2001 (Bolsa Escola), no sentido de adotar critérios mais elásticos à comprovação de renda. No mesmo sentido, decisão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

[...] 4. É de ser mantida a orientação de que o § 3º do art. 20 da Lei n.º 8.742/93 deve ser interpretado no conjunto de leis que tratam da assistência social aos necessitados e sob o pálio da Constituição Federal, pois não haveria razão para tratamento diferenciado entre o que se considera "miserável" para os fins das Leis n.ºs 9.533/97 e 10.219/2001 (que tratam, respectivamente, do programa federal de garantia de renda mínima - PETI e da "Bolsa Escola") - onde se presume miserável aquele que tiver renda mensal per capita inferior a ½ do salário mínimo - e para a Lei n.º 8.742/93, onde necessitado (miserável) somente será aquele que detiver renda mensal per capita inferior a ¼ do salário mínimo. Se, naqueles ordenamentos, se considera miserável quem tem renda inferior a meio salário mínimo, esse mesmo critério pode e deve ser aplicado aos aspirantes ao benefício assistencial de que trata a Lei n.º 8.742/93. Não há como se admitir parâmetros diversos para situações idênticas, se, na realidade, importa mesmo saber quem é miserável, nos termos da lei. (...) ⁵⁹⁰

Em sua defesa original da aplicação dos novos critérios em relação ao antigo, Sérgio Moro pondera: "Ou o legislador agiu erroneamente no primeiro caso, concedendo o benefício a famílias não-carentes, ou ele agiu erroneamente no segundo caso, negando direito fundamental a pessoas necessitadas, o que é muito mais provável"⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ TNU-IUJEF 2005.43.00.903968-3-rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, j.13.08.2007; PEDILEF 200643009023178, Rel. Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, julgado em 09.10.2007, DJU 07.11.2007; PEDILEF 200443009018000, Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, DJU 27/09/2006.

⁵⁸⁹ Súmula n.º 06: "O critério de verificação objetiva da miserabilidade correspondente a ¼ (um quarto) do salário mínimo, previsto no art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93, restou modificado para ½ (meio) salário mínimo, a teor do disposto no art. 5º, I, da Lei n.º 9.533/97, que autorizava o Poder Executivo a conceder apoio financeiro aos Municípios que institíssem programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas, e art. 2º, § 2º, da Lei n.º 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação - PNAA."

⁵⁹⁰ TRF4, AGA 2002.04.01.046195-1, Quinta Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 09/04/2003

⁵⁹¹ MORO, 2003, pp.143-160

Há várias decisões, assim, que ressaltam que o critério legal não é absoluto. Na Turma Regional de Uniformização da 4ª Região:

EMENTA: BENEFÍCIO ASSISTENCIAL AO IDOSO. RENDA PER CAPITA SUPERIOR A ¼ DO SALÁRIO MÍNIMO. CRITÉRIO NÃO ABSOLUTO. 1. O critério objetivo estabelecido pela Lei n.º 8.742/93 (artigo 20, §3º) não exclui outros elementos de prova para aferição da condição sócio-econômica do requerente e sua família. 2. Incidente de uniformização de jurisprudência conhecido e provido⁵⁹².

O critério legal funcionaria, portanto, como um critério objetivo, denotando uma presunção de capacidade do grupo familiar. A especificidade do caso concreto pode, então, autorizar uma conclusão diferente. Devem ser, aliás, considerados no cálculo todos os gastos necessários para uma vida digna do requerente e seus familiares, tais como alimentação, saúde, educação, transporte e lazer.

Assim, além do critério objetivo legalmente fixado (renda inferior a ¼ do salário-mínimo), não se pode excluir a comprovação, em cada caso concreto, da situação econômica precária por que passa o requerente (análise subjetiva), ensejando o apoio da assistência social.

Ou seja: as decisões construíram um *distinguishing* em relação à decisão do STF na ADI 1.232, apesar de, rigorosamente, a *ratio* do voto vencedor não permitir essa extensão. É que a complexidade do fatos – e do enredo dessa história – demandou esse novo caminho.

Outras questões referentes à extensão do benefício também são enfrentadas pelo Judiciário. Destacam-se dois Recursos Extraordinários, acolhidos sob o rito da repercussão geral: o RE 587.970⁵⁹³, referente à possibilidade de

⁵⁹² IUJEF 2007.70.54.000779-9, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Flávia da Silva Xavier, D.E. 21/01/2009.

⁵⁹³ ASSISTÊNCIA SOCIAL – GARANTIA DE SALÁRIO MÍNIMO A MENOS AFORTUNADO – ESTRANGEIRO RESIDENTE NO PAÍS – DIREITO RECONHECIDO NA ORIGEM – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a possibilidade de conceder a estrangeiros residentes no país o benefício assistencial previsto no artigo 203, inciso V, da Carta da República. (RE 587970 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742).

concessão do benefício aos estrangeiros residentes no país⁵⁹⁴, discussão já enfrentada aqui; e o RE 580.963⁵⁹⁵, que discute a possibilidade de estender a aplicação do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) – que exclui da renda outro benefício assistencial recebido por idoso do mesmo grupo familiar – ao benefício assistencial recebido pela pessoa com deficiência e a outras situações não expressamente abrangidas pelo dispositivo legal, tal como admitido pela Turma Nacional de Uniformização, do benefício previdenciário de valor mínimo recebido pelo idoso⁵⁹⁶ ou pelo incapaz⁵⁹⁷.

No tocante à exclusão de outro benefício de valor mínimo recebido por idoso ou por pessoa com deficiência, seja de natureza assistencial ou previdenciária, as decisões judiciais vinham generalizadamente adotando o entendimento de que a norma do Estatuto do Idoso deveria ser aplicada à pessoa com deficiência – que goza da mesma proteção constitucional (CF, art. 203, V) – quer quando esta pede o benefício, quer quando um membro da família já recebe o benefício, bem como em relação aos benefícios previdenciários de valor mínimo recebidos por outro membro da família, idoso ou com deficiência (invalidez).

Anote-se que a diferença entre os benefícios é que o benefício previdenciário, por ser contributivo, paga abono anual e, não sendo uma pensão por morte, pode ensejar a concessão de pensão quando cessado.

Seria, então, incoerente punir a família que fez jus a um benefício contributivo. Além disso, no caso do idoso, renunciando um ao benefício previdenciário, faria também jus ao assistencial, sem prejuízo do outro postulante.

⁵⁹⁴ "O estrangeiro idoso ou deficiente também pode ser beneficiário do amparo social, desde que naturalizado e domiciliado no Brasil e que não esteja amparado pelo sistema previdenciário do seu país de origem (art. 4º do Decreto n.º 1.744/1995). Há quem entenda não ser exigível a condição de naturalizado do estrangeiro, com base nos princípios da igualdade e da universalidade das prestações assistenciais, bastando para a concessão do benefício assistencial que o estrangeiro tenha domicílio regular no país." (MIRANDA, 2007, p. 278)

⁵⁹⁵ "Recurso extraordinário. Benefício assistencial ao idoso (art. 203, V, da Constituição Federal). Discussão sobre critério utilizado para aferir a renda mensal *per capita* da família da requerente. Alegação de inconstitucionalidade de interpretação extensiva ao art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003. Tema que alcança relevância econômica, política, social e jurídica e que ultrapassa os interesses subjetivos da causa. Repercussão geral reconhecida." (RE 580963 RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 16/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 131-133)

⁵⁹⁶ TNU, PU 2008.70.50.007283-9, Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 12.08.2010.

⁵⁹⁷ TNU, PU 2008.70.54.001122-9, Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann j. 12.08.2010

Ou, o que seria perverso, se deixassem de residir juntos (situações muitas vezes fraudada), cada um teria direito ao seu respectivo benefício.

Melissa Folmann faz um apanhado dessas decisões, demonstrando a sua aplicação generalizada⁵⁹⁸. Prossegue contando que, no Superior Tribunal de Justiça, inicialmente sustentava-se a necessidade de leitura literal da lei (REsp 841.060/REsp 868.590). Porém, com a decisão proferida no Pet 7.203/PE, o STJ passou a admitir a interpretação analógica, tal qual vinha decidindo a TNU e os cinco Tribunais Regionais Federais⁵⁹⁹.

Nesse sentido, destaca-se o seguinte e esclarecedor precedente da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região:

EMENTA: PEDIDO DE UNIFORMIZAÇÃO REGIONAL. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA PER CAPITA. EXCLUSÃO DE MAIS DE UM BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. IMPROVIMENTO.

1. A Turma Nacional de Uniformização firmou posicionamento no sentido de que o benefício previdenciário de valor mínimo recebido por idoso deve ser excluído do cálculo da renda mensal para fins de concessão de benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência (v.g.: PU 2008.70.95.00.3443-6, Rel. Juiz Federal Otávio Henrique Martins Port, DJ 13.11.2009; PU 2007.70.53.00.1023-6, Rel. Juiz Federal Cláudio Roberto Canata, DJ 13.11.2009).

2. O paradigma de exclusão da renda mensal familiar do valor mínimo de seguridade social (benefícios da Previdência ou Assistência Social) em substituição à noção literal limitadora de exclusão do benefício assistencial recebido pelo idoso é aplicável também a partir da inteligência operada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADI 3.105-DF (Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, j. 18.08.2004, DJ 18.02.2005, RTJ 193/137) [referente à contribuição dos inativos].

3. Se o que importa é o valor do benefício (um salário) e a sua destinação (prover meios indispensáveis de manutenção a seu titular), deve-se desconsiderar, para fins de cálculo da renda familiar e concessão de LOAS, a natureza do benefício mínimo da seguridade social, se previdenciária ou assistencial.

⁵⁹⁸ FOLMANN, Melissa. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência: teoria e prática**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26-28: Enunciado 25 das Turmas Recursais de Minas Gerais (1ª Região), Sum. 46 da Turma Recursal do Espírito Santo (2ª Região), Enunciado 12 da Turma Recursal do Mato Grosso do Sul (3ª Região); Súmula 20 das Turmas Recursais de Santa Catarina (4ª Região). Nos cinco Tribunais Regionais Federais: TRF1 - 200401990046390/MG; TRF2 - 200702010157829/RJ; TRF3 - 200361070071629/SP; TRF4 - 200872020022948/SC; TRF5 - 200282010023532/PB. Na TNU: 200770500134245, 200770510057960, 200770640000845, 200270040071041.

⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 27. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - Pet 7203/PE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 11/10/2011

4. Se há dois benefícios assistenciais percebidos em determinado grupo familiar, excluem-se ambos do cálculo. Com justa razão, acrescente-se, dado inexistir norma jurídica que limite a exclusão de apenas um benefício. Se forem de natureza previdenciária as duas prestações, da mesma forma.
5. Pedido de uniformização conhecido e improvido⁶⁰⁰.

A doutrina defende essa aplicação analógica, afinal, presente "a mesma razão" deve ser aplicado "o mesmo direito", ao benefício de valor mínimo, independente de sua natureza, recebido por outro idoso ou incapaz, pois todos gozam da mesma proteção constitucional⁶⁰¹.

Enfim, a previsão legal restrita (art. 34, par. único, da Lei 10.741/2003) configura uma hipótese, como visto, de omissão inconstitucional relativa, por ofensa ao princípio da igualdade, pois a lei previu uma benesse, mas não abrangeu todos os que estão sob a mesma proteção constitucional.

A análise crítica do trabalho do intérprete e dos seus juízos de aplicação mostra-se, então, importante para verificar se o que se tem até agora são decisões compatíveis com o direito como integridade, inseridas no contexto ético reflexivo e comprometidas com argumentos de princípios, em especial, com o princípio da igualdade e com a dignidade da pessoa humana, que são, ao fim e ao cabo, os princípios resguardados pela assistência social como direito e não como política. Entende-se que, sim, aos poucos essa história foi ganhando consistência e, apesar de alguns tropeços na história e de seu ritmo um pouco lento, vê-se que a jurisdição construiu uma norma da assistência coerente com a unidade valorativa da comunidade de princípios estabelecida na Constituição. Há várias tramas nessa história que estão ainda sem solução. Espera-se sigam um rumo também coerente com a integridade.

Os precedentes, entendidos como a *ratio* de qualquer decisão – mesmo que, na prática, nem sempre tenham tido o cuidado de enfrentar diretamente o passado (e especialmente os termos efetivos da decisão na ADI 1.232) e projetar o futuro –, devem ser continuamente revisitados, seja para ratificá-los, seja para sinalizar a sua revogação e quando esta, de fato, ocorrer (como, como se verá a seguir, de fato ocorreu). Para um bom romance em cadeia, o importante não é exatamente a vinculação formal, mas a construção coerente desse "enredo" normativo – a

⁶⁰⁰ IUJEF 0001030-84.2009.404.7056, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 30/03/2011, g.n.

⁶⁰¹ ROTHENBURG; ROSA et. al., 2010, pp. 189-190.

vinculação como ônus argumentativo. Esta é a responsabilidade do intérprete em buscar, sempre, a resposta correta no direito como integridade.

5.3 ESCRREVENDO OS CAPÍTULOS DE UM ROMANCE: A DECISÃO EM CONTROLE CONCENTRADO (ADI 1232) E A SUA REVOGAÇÃO POR MEIO DO CONTROLE DIFUSO (RECLAMAÇÃO N.º 4.374, RE N.º 567.985 E RE N.º 580.963)

A Constituição Federal é, então, expressa ao dispor que a assistência social será devida a quem dela necessitar, sendo garantido, nos termos do inc. V do art. 203, o benefício mensal de um salário mínimo aos idosos e aos portadores de deficiência que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A Lei n.º 8.742, de 1993, que regulamentou o comando constitucional, estabeleceu critérios para aferir a vulnerabilidade do grupo familiar, estabelecendo como limite a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário-mínimo.

O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1232, como visto, decidiu pela constitucionalidade do limite legal de renda familiar per capita de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo (art. 20, § 3.º da Lei n.º 8.742/93)⁶⁰².

A ADI foi relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, que cita o parecer da Procuradoria-Geral da República, que, por sua vez, pondera que a Constituição é inequívoca ao condicionar a concessão da Assistência "a quem dela necessitar" e, especificamente em relação ao benefício, "a quem comprove não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família", contendo a sua eficácia – norma, segundo aponta, de eficácia limitada – à disposição legal⁶⁰³.

Consigna, no entanto, que a regra legal seria inconstitucional se se entendesse que esgota o rol das possibilidades de comprovação de falta de meios,

⁶⁰² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1232**. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095).

⁶⁰³ *Ibid.*, (Inteiro teor, p. 4-5).

"na medida em que se terá revelado flagrantemente limitadora (...) de garantia constitucional ilimitada ("a quem dela necessitar")⁶⁰⁴".

Considera, então, que o art. 20, §3º, estabelece uma "presunção *Juris et de Jure*", absoluta, portanto, de insuficiência de meios, i.e., neste caso, é desnecessário produzir outras provas, de modo que não padeceria de inconstitucionalidade, porque, para os demais casos, aí sim, deve-se demonstrar a necessidade. Anota que a necessidade de lei consta especificamente do inciso V, mas não no *caput*, que se refere genericamente "a quem dela necessitar", concluindo o parecer acolhido pelo relator:

...está-se na típica presença de caso no qual se faz invocável o entendimento dessa Suprema Corte, segundo o qual, existindo duas ou mais formas de se interpretar o texto constitucional, e revestindo-se apenas uma delas de constitucionalidade, essa Excelsa Corte não declara a inconstitucionalidade, mas proclama a "interpretação conforme a Constituição(...)"⁶⁰⁵

O ministro relator julga, então, procedente apenas em parte a Ação Direta, a fim de emprestar ao texto impugnado a "interpretação segundo a qual não limita ele os meios de prova da condição de miserabilidade da família do necessitado deficiente ou idoso."⁶⁰⁶ Conforme o extrato de ata, foi expressamente acompanhado pelo Ministro Néri da Silveira⁶⁰⁷.

O Ministro Nelson Jobim, relator para o acórdão, porém, divergiu e entendeu que a Constituição conferiu liberdade ao legislador, devendo a norma ser estritamente interpretada:

⁶⁰⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1232...**, (Inteiro teor, p. 5).

⁶⁰⁵ *Ibid.* (Inteiro teor, p. 5-6). Cabe aqui um esclarecimento: Marinoni distingue duas técnicas de controle de constitucionalidade: a "interpretação conforme a Constituição" e a "declaração parcial de nulidade sem redução de texto." Aquela é oportuna quando a lei, ao ser aplicada segundo várias, mas não todas, as possibilidades significativas, conduz a um juízo de nulidade, afirmando o Tribunal a interpretação compatível; esta é oportuna quando a inconstitucionalidade deriva de específicas interpretações decorrentes do texto da lei, mas que não comprometem o próprio texto, declarando o Tribunal a inconstitucionalidade dessas interpretações. Naquela proíbem-se outras interpretações senão a indicada; nesta proíbem-se determinadas interpretações. Isso pode ser feito tanto pelo STF como pelos demais membros do Judiciário. (MARINONI, 2006, p. 57-58).

⁶⁰⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1232...** (Inteiro teor, p. 6-8).

⁶⁰⁷ *Ibid.*, (Inteiro teor, p. 12).

[...] compete à lei dispor a forma de comprovação. Se a legislação resolver criar outros mecanismos de comprovação, é problema da própria lei. O gozo do benefício depende de comprovar na forma da lei, e esta entendeu de comprovar dessa forma. Portanto não há interpretação conforme possível porque, mesmo que se interprete assim, não se trata de autonomia de direito algum, pois depende da existência da lei, da definição⁶⁰⁸.

Foi acompanhado pelo Ministro Maurício Corrêa⁶⁰⁹. O Ministro Sepúlveda Pertence, por sua vez, acompanhou o relator, mas entendeu por julgar improcedente a Ação Direta, porque:

[...] considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional, no parecer acolhido pelo Relator, no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional nem é preciso dar interpretação conforme à lei que estabeleceu uma hipótese objetiva de direito à prestação assistencial do Estado. Haverá, aí, inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta. 610

À época não havia a estrita separação entre a inconstitucionalidade por ação e por omissão – por legislação insuficiente. Seus fundamentos, no entanto, são os mesmos fundamentos do relator, ainda que a conclusão não seja a mesma.

Ausentes os Ministros Marco Aurélio, Sydney Sanches e Celso de Mello, presidente; presente o vice-presidente, Ministro Carlos Velloso, infelizmente, não se conhecem exatamente os votos dos Ministros Octávio Gallotti e do Ministro Moreira Alves que, conforme extrato de ata, também estavam presentes e, por presunção, votaram pela improcedência. Não se sabe, porém, se acompanharam a divergência do Ministro Nelson Jobim ou se acompanharam a divergência do Ministro Sepúlveda Pertence, o que seria extremamente importante para conhecer efetivamente a *ratio* dessa decisão. Presume-se que acompanharam a divergência do relator⁶¹¹.

É natural – embora não desejável – que não constem os referidos votos porque, como visto, é da tradição da *civil law* a vinculação ao dispositivo e não ao fundamento da decisão. É difícil também identificar a *ratio* porque a Corte não efetivamente delibera, mas soma votos a favor ou contra uma conclusão.

⁶⁰⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1232...** (Inteiro teor, p. 9).

⁶⁰⁹ *Ibid.*, (Inteiro teor, p. 10).

⁶¹⁰ *Ibid.*, (Inteiro teor, p. 11).

⁶¹¹ *Ibid.*, (Inteiro teor, p. 12).

Como visto, sobrevieram, no entanto, ao julgamento inúmeras decisões afastando o critério legal, na jurisdição dos Juizados Especiais Federais e seus colegiados uniformizadores, nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça.

O critério legal, assim, apesar da *ratio* do voto do relator na ADI, passou a ser entendido como mero parâmetro objetivo que denota a presunção de capacidade econômica do grupo familiar, nos termos do voto do Ministro Ilmar Galvão e do Ministro Sepúlveda Pertence. Trata-se, repita-se, de um distinguishing ou, em termos de lógica jurídica, da derrota da norma, pois uma norma vigente e eficaz, declarada constitucional pelo STF, é excepcionada⁶¹². A especificidade do caso concreto pode autorizar uma conclusão diferente à decisão do STF, ou melhor, à *ratio* decidendi da decisão em ADI.

Para José Rodrigo Rodriguez, esse específico conflito de decisões é exemplar da necessidade de um novo modelo de segurança jurídica – não baseada no texto, mas baseada na argumentação – que propõe, tendo em vista a inadequação da decisão do Supremo e do critério legal, revelada pelos julgados das demais cortes, sugerindo que a caracterização da “pobreza” ou “baixa renda” deveria ser deixada para o nível regulamentar, com flexibilidade e abertura suficiente para a avaliação do contexto e da individualidade dos possíveis beneficiários da política pública⁶¹³.

Talvez uma doutrina rígida de precedentes vinculantes não permitisse essa superação. A vinculação que se pretende aqui, no entanto, não é formal, mas argumentativa. A adesão explícita a este modelo argumentativo de teoria de precedentes – preocupada com a vinculação como diálogo com a *ratio*, com as técnicas de sinalização e revogação – poderia, no entanto, ter auxiliado essa trajetória, sem necessidade de algumas “manobras forçadas” no curso da história.

Na doutrina, como já citado, era praticamente unânime a defesa da necessidade dessa análise concreta⁶¹⁴, de modo que a alteração de entendimento

⁶¹² CHAMEKI, Eduardo. Derrotabilidade Normativa no Direito da Seguridade Social. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade**: pressupostos teóricos e aplicações. Curitiba: Juruá, 2012, p. 319-340, p. 324.

⁶¹³ RODRIGUEZ, No prelo, p. 207

⁶¹⁴ CEDENHO, 2012, p. 144. MORO, 2003, pp. 150.

não ofenderia os valores norteadores da teoria dos precedentes, em especial, a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões.

As pessoas são diferentes. As necessidades são diferentes. É comum, aliás, nos procedimentos dessa natureza que seja feito um laudo socioeconômico – por oficial de justiça ou assistente social – no local de residência do demandante, a fim de verificar a situação concreta em que vive, com quais pessoas, qual a renda efetiva, quais os gastos, as condições da residência, do mobiliário, acesso a saneamento básico etc⁶¹⁵.

Com essas decisões, que, em princípio estariam contrariando a decisão do STF, inúmeras reclamações foram, então, ajuizadas, reacendendo a discussão: Rcl 2.303, 2.323 3.963, 4.422, 4.133, 4.366, 3.342, 3.783, 4.257, 4.115, 3.414, 3.783, 3.893, 4.018, 3.963, 3.739, 3.750, 3.129, 4.374, 3.805, 4.280 e 4.164.

Inicialmente, as Reclamações foram julgadas procedentes com base, justamente, nos termos do voto do Min. Nelson Jobim:

RECLAMAÇÃO. SALÁRIO MÍNIMO. PORTADOR DE DEFICIÊNCIA FÍSICA E IDOSO. ART. 203. CF. A sentença impugnada ao adotar a fundamentação defendida no voto vencido afronta o voto vencedor e assim a própria decisão final da ADI 1.232. Reclamação procedente⁶¹⁶.

Em seu voto, a Ministra Ellen Gracie até citou o voto do Ministro Ilmar Galvão na ADI 1232, mas consignou que prevaleceu o voto do Ministro Nelson Jobim. Do mesmo modo, Reclamação relatada pelo Ministro Eros Grau:

⁶¹⁵ De todo modo, insista-se que não se trata de uma verificação da miserabilidade, mas da necessidade: "A invocação de sinais de riquezas (casa própria, bem guarnecida por mobília e em bom estado de conservação) como razão de indeferimento do benefício é indevida e parte de uma premissa sem fundamento constitucional, qual seja, a da associação do requisito econômico a um estado de miséria ou indigência do grupo familiar." (SAVARIS, José Antônio. Traços elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em direito previdenciário. Vol. 1.** Curitiba: Juruá, 2008, p. 93-162, p. 117)

⁶¹⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 2303 AgR**, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2004, DJ 01-04-2005 PP-00005 EMENT VOL-02185-01 PP-00110 RTJ VOL-00195-02 PP-00419 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 194-212.

EMENTA: RECLAMAÇÃO. ARTIGO 20 DA LEI N. 8.742/93. DESRESPEITO À DECISÃO PROFERIDA QUANDO DO JULGAMENTO DA ADI N. 1.232. A sentença que, embora tenha afirmado a constitucionalidade do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, ignorou seu comando, afronta a autoridade de decisão proferida por esta Corte no julgamento da ADI n. 1.232. Pedido julgado procedente⁶¹⁷.

O Ministrou entendeu que o ato reclamado afrontava a decisão na ADI 1.232, porque "embora tenha afirmado ser constitucional o artigo 20 da Lei n.º 8.742/93, ignorou seu comando, estendendo o benefício previdenciário a pessoas que, segundo aquele artigo, a ela não fazem jus." Já nesse julgamento, o Ministro Marco Aurélio, vencido, assinalou que não se tratava de desrespeito, porque a decisão reclamada não afastava a constitucionalidade do artigo 20, mas considerava este revogado por outro dispositivo, no que foi acompanhado pelo Ministro Carlos Britto.

O Pleno, sem coerência com seu próprio entendimento, chegou a manter esse posicionamento em 2007, época em que alguns Ministros já decidiam em sentido contrário e continuaram a decidir após esse julgamento, no qual estavam, curiosamente, presentes⁶¹⁸.

Apesar dessas perplexidades, o Tribunal acabou definindo seu posicionamento em relação a essas Reclamações. Na Reclamação n.º 3.805, a Min. Carmen Lucia cassou a liminar que havia sido deferida pela Ministra Ellen Gracie, invocando, no entanto, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, como se este tivesse prevalecido:

O exame dos votos proferidos no julgamento revela que o Supremo Tribunal apenas declarou que a norma do art. 20 e seu § 3º da Lei n. 8.742/93 não apresentava inconstitucionalidade ao definir limites gerais para o pagamento do benefício a ser assumido pelo INSS, ora Reclamante. Mas não afirmou que, no exame do caso concreto, o juiz não poderia fixar o que se fizesse mister para que a norma constitucional do art. 203, inc. V, e demais direitos fundamentais e princípios constitucionais se cumprissem rigorosa, prioritária e inescusavelmente.

⁶¹⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 2323**. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2005, DJ 20-05-2005 PP-00008 EMENT VOL-02192-02 PP-00302 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 230-235 RTJ VOL-00193-02 PP-00510.

⁶¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL **Rcl 4427**. MC-AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00023 EMENT VOL-02282-04 PP-00814 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 215-219 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 121-122

Como afirmado pelo Ministro Sepúlveda Pertence no voto proferido naquele julgamento, "considero perfeita a inteligência dada ao dispositivo constitucional...no sentido de que o legislador deve estabelecer outras situações caracterizadoras da absoluta incapacidade de manter-se o idoso ou o deficiente físico, a fim de completar a efetivação do programa normativo de assistência contido no art. 203 da Constituição. A meu ver, isso não a faz inconstitucional. Haverá aí inconstitucionalidade por omissão de outras hipóteses? A meu ver, certamente sim, mas isso não encontrará remédio nesta ação direta."

De se concluir, portanto, que o Supremo Tribunal teve por constitucional, em tese (cuidava-se de controle abstrato), a norma do art. 20 da Lei n. 8.742/93, mas não afirmou inexistirem outras situações concretas que impusessem atendimento constitucional e não subsunção àquela norma. Taxativa, nesse sentido, é a inteligência do acórdão nos termos clareados no voto do Ministro Sepúlveda Pertence, transcrito parcialmente acima.

A constitucionalidade da norma legal, assim, não significa a inconstitucionalidade dos comportamentos judiciais que, para atender, nos casos concretos, à Constituição, garantidora do princípio da dignidade humana e do direito à saúde, e à obrigação estatal de prestar a assistência social 'a quem dela necessitar, independentemente da contribuição à seguridade social', tenham de definir aquele pagamento diante da constatação da necessidade da pessoa portadora de deficiência ou do idoso que não possa prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.(...)

Portanto, não apenas não se comprova afronta à autoridade de decisão do Supremo Tribunal na sentença proferida, como, ainda, foi exatamente para dar cumprimento à Constituição da República, de que é guarda este Tribunal, que se exarou a sentença na forma que se pode verificar até aqui (...)⁶¹⁹

De fato, a omissão inconstitucional não chegou a ser enfrentada naquele julgamento, mas o que era *dicta* virou *ratio*⁶²⁰. É isso que se chamou de "manobra forçada" no capítulo anterior. De todo modo, nos mesmo termos, as demais reclamações acima listadas — à exceção da Rcl 2.303, 2.323 e 4.427 — foram julgadas improcedentes ou sequer conhecidas por não haverem declarado expressamente a inconstitucionalidade do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93.

Pode-se perceber que o próprio STF não possuía entendimento uniforme sobre os fundamentos que teriam sido determinantes no julgamento da ADI 1.232: se o voto do Min. Nelson Jobim, que rejeita qualquer interpretação divergente do art. 20 § 3º, da Lei n.º 8.742/93; se o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, que entende

⁶¹⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 3805**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, julgado em 09/10/2006, publicado em DJ 18/10/2006 PP-00041. A decisão da Ministra foi confirmada no Pleno: Rcl 3805 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-02 PP-00263.

⁶²⁰ Foi o que expressamente afirmou o Min. Luiz Fux sobre o entendimento da Min. Carmen Lúcia em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013. (Inteiro teor, p.58).

possível essa interpretação extensiva, sugerindo uma inconstitucionalidade por omissão da norma.

Ainda que não tenha prevalecido o voto do Ministro Sepúlveda Pertence, as decisões nessas reclamações serviram – sem a técnica necessária, no entanto – a sinalizar (como na *common law*) a alteração de entendimento, infirmando, portanto, assim como a sugestão da doutrina, à necessidade de apego ao precedente, ou melhor, à *ratio decidendi* do voto do Ministro Nelson Jobim.

Tal como faria no julgamento do RE 567.985, o Ministro Marco Aurélio, na Reclamação n.º 4.164, já fazia essa expressa advertência, ressaltando que não estava presente no julgamento da ADI n.º 1.232 (como se isso fosse bastante para não o vincular aos seus termos) e que, se estivesse, teria votado junto com o Ministro Ilmar Galvão.

A questão ganhou novo fôlego justamente com o reconhecimento da Repercussão Geral nos Recursos Extraordinários 567.985 e 580.963. Aquele discute a revogação do critério legal de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por $\frac{1}{2}$ salário mínimo, adotados pela Lei n.º 9.533/97, que autoriza o apoio financeiro do Poder Executivo aos municípios que instituírem programa de renda mínima, e pela Lei n.º 10.689/03, que criou o Programa Nacional de Acesso à Alimentação. Este, como já mencionado, refere-se à possibilidade de interpretar extensivamente o art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003, que exclui do cálculo da renda outro benefício assistencial recebido por idoso, a outras hipóteses. Foram ambos julgados na mesma oportunidade, assim como a Reclamação n.º 4.374.

No julgamento do Recurso Extraordinário 567.985, admitido sob o rito da repercussão geral⁶²¹, entendeu-se que:

[...] A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS.

Como a lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de se contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de se avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes.

⁶²¹ REPERCUSSÃO GERAL – BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA - IDOSO – RENDA PER CAPITA FAMILIAR INFERIOR A MEIO SALÁRIO MÍNIMO – ARTIGO 203, INCISO V, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Admissão pelo Colegiado Maior. (RE 567985 RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 08/02/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-08 PP-01661). O instituto da repercussão geral ingressou no sistema com a Reforma do Judiciário (EC n.º 45/2004 e a inclusão do art. 102, § 3º, à CF), como requisito de admissibilidade dos Recursos Extraordinários. Em seguida, alterou-se o CPC, incluindo o art. 543-A e 543-B

Paralelamente, foram editadas leis que estabeleceram critérios mais elásticos para a concessão de outros benefícios assistenciais, tais como: a Lei 10.836/2004, que criou o Bolsa Família; a Lei 10.689/2003, que instituiu o Programa Nacional de Acesso à Alimentação; a Lei 10.219/01, que criou o Bolsa Escola; a Lei 9.533/97, que autoriza o Poder Executivo a conceder apoio financeiro a Municípios que instituam programas de garantia de renda mínima associados a ações socioeducativas.

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). 4. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. (...) ⁶²².

Em seu voto, anota o Ministro Marco Aurélio, relator, que, quanto à questão constitucional, que não esteve presente no julgamento do mérito da Ação Direta, relatada pelo Ministro Ilmar Galvão, de modo que passa a externar sua posição sobre a questão de fundo ⁶²³.

Tal como aqui, abordando a força normativa da Constituição (e a lição de Konrad Hesse), o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana (e a lição de Luís Roberto Barroso), o dever de solidariedade (e a lição de Peces Barba e Maria Celina Bodin de Moraes), a noção de mínimo existencial (entre outros, a lição de Ana Paula de Barcellos) e o princípio da proibição da concretização deficitária, questionando se a concretização legislativa foi suficiente, conclui negativamente à luz do caso concreto. Entende que, à época dos fatos, o valor do salário mínimo vigente revelava-se insuficiente, ainda que posteriores reajustes possam tê-lo adequado. O problema, segundo ele, é a base móvel (salário mínimo) eleita pelo legislador, porque altera, ano após ano, a linha de pobreza ⁶²⁴.

E conclui: "Mostra-se patente que o artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93, embora não seja, só por si, inconstitucional, gerou situação concreta de inconstitucionalidade." ⁶²⁵ Pondera acerca da solução hermenêutica da questão, fazendo alusão à teoria da derrotabilidade:

⁶²² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567985**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-194 DIVULG 02-10-2013 PUBLIC 03-10-2013. (Inteiro teor, p. 8-9).

⁶²³ *Ibid.*, p. 7-9

⁶²⁴ *Ibid.*, p. 9-18

⁶²⁵ *Ibid.*, p. 17

De um lado, acórdão de Turma Recursal de Juizado Especial que suplantou a regra legal citada e também o precedente do Supremo formalizado em controle concentrado de constitucionalidade, e assim o fez em interpretação que, na minha óptica, afigura-se mais consentânea com os princípios maiores da Carta Federal, já consignados anteriormente. De outro lado, a certeza de que a aplicação meramente subsuntiva da regra do artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93 à situação concreta levaria ao provimento do extraordinário interposto pela União.

Posta a questão em jargão técnico, o Poder Judiciário derrotou uma regra (...) Desse quadro, é possível asseverar que se tem a constitucionalidade em abstrato do preceito legal, consoante assentado pelo Supremo, mas a inconstitucionalidade em concreto na aplicação da norma, consideradas as circunstâncias temporais e os parâmetros fáticos revelados⁶²⁶.

Na sequência, faz o contraponto dessa solução, ressaltando que isso permitiria reabrir a discussão a cada novo processo judicial, o que, segundo o Ministro, é arriscado sob duas perspectivas:

Primeiro, por viabilizar que o Juízo desconsidere soluções adotadas consoante o processo político majoritário e faça prevalecer as próprias convicções em substituição às adotadas pela sociedade. Sem que haja verdadeiro fundamento constitucional relevante, esse proceder acaba por retirar a legitimidade da função jurisdicional, calcada, conforme concepção clássica, no respeito às respostas moldadas de antemão pelo legislador. Segundo, por trazer grande margem de insegurança ao sistema. Com efeito, as regras têm o objetivo de reduzir a incerteza na aplicação do Direito, permitindo que as pessoas pautem as condutas pela previsão abstrata, além de assegurar que a solução do sistema jurídico seja observada de modo isonômico⁶²⁷.

Mas conclui:

Com base em alguns fundamentos, entendo ser possível assentar a prevalência da leitura constitucional impugnada pela recorrente sobre tais elementos sistêmicos. Como já relatado, a decisão veiculada na regra infralegal não se sobrepõe à estampada na Carta Federal. No confronto de visões, há de prevalecer aquela que melhor concretiza o princípio constitucional da dignidade humana – cuja aplicação é prioritária no ordenamento jurídico. Quanto às considerações concernentes à segurança jurídica e isonômica, também elas não de ceder frente àquele princípio maior. Descabe comungar com enfoque que, a pretexto de assegurar as expectativas no tocante à aplicação do Direito, acaba por colocar seres humanos na mais completa situação de indignidade⁶²⁸.

⁶²⁶ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 567985... p. 18

⁶²⁷ *Ibid.*, p. 19-20

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 20

Não admite, explicitamente, a ofensa à coisa julgada da ADI 1.232, mas pondera que, no caso, o princípio da dignidade da pessoa humana prepondera em relação ao princípio da segurança jurídica. Ressalta sua solução:

Não chego ao extremo de sugerir a superação da decisão proferida pelo Supremo na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.232, por crer que o parâmetro abstrato possui valia. A declaração de inconstitucionalidade do artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93 teria o condão imediato de retirar o suporte de legalidade que deve nortear a atividade administrativa – artigo 37, cabeça, da Carta Federal. O Supremo vem se negando a proclamar a nulidade de lei que padece de vício de inconstitucionalidade por omissão parcial, pois significaria piorar situação que já não se adequa plenamente à Constituição⁶²⁹.

Rejeita, no entanto, o argumento da derrogação do art. 20, § 3º, pelas Leis n.º 9.533 /97 e n.º 10.689/2003, que adotam o critério de meio salário mínimo, pois se destinam a benefícios diversos, de menor alcance. Ressalta, ainda, que o critério do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93 foi reiterado com a edição da Lei n.º 12.435/2011 [e também, como anotarás o Ministro Teori Zavaski, pela Lei n.º 12.470/2011]⁶³⁰.

Ressalta, como visto aqui, que a solução já era antevista nas diversas Reclamações que chegaram ao Supremo, citando os seus relatores.

Funcionaram, como sustentado aqui, todas como sinalizadoras, senão da superação da decisão na ADI, da sua distinção (nos termos do Ministro, "relativização"), votando, enfim

[...] sob o ângulo da regra geral, deve prevalecer o critério fixado pelo legislador no artigo 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93. Ante razões excepcionais devidamente comprovadas, é dado ao intérprete do Direito constatar que a aplicação da lei à situação concreta conduz à inconstitucionalidade, presente o parâmetro material da Carta da República, qual seja, a miserabilidade, assim frustrando os princípios observáveis – solidariedade, dignidade, erradicação da pobreza, assistência aos desamparados. Em tais casos, pode o Juízo superar a norma legal sem declará-la inconstitucional, tornando prevaletentes os ditames constitucionais⁶³¹.

Por sua vez, o ministro Gilmar Mendes proferiu seu voto como relator do RE 580.963, acompanhando a fundamentação adotada pelo ministro Marco Aurélio no RE 567.985, mas divergindo quanto ao resultado, adotando o voto na Reclamação n.º 4.734 [erro material no voto, pois se referia à Rcl 4.374].

⁶²⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567985...** p. 22

⁶³⁰ *Ibid.*, p. 23

⁶³¹ *Ibid.*, p. 24-25

Segundo o Ministro Gilmar Mendes⁶³² houve efetivamente um processo de inconstitucionalização [e, portanto, não apenas uma omissão inconstitucional] do dispositivo [e, portanto, overruling do julgamento], seja pelas decisões judiciais, seja pela edição de novas leis que adotaram o critério de meio salário mínimo.

Nesse ponto, interveio o Advogado-Geral da União, esclarecendo que os benefícios estão hoje absorvidos no Bolsa Família, que corresponde atualmente a R\$ 140,00 reais.

Entende que a solução do Ministro Marco Aurélio devolve ao juiz a adoção de critérios, mas retira a possibilidade do legislador fixar outro critério. Declara, então, a inconstitucionalidade do parágrafo 3º do artigo 20 da Lei n.º 8.742/1993, mas sem pronunciar sua nulidade, e propõe à Corte a fixação de um prazo para a vigência do modelo atual até 31 de dezembro de 2015, para a redefinição da política pública do benefício (destacando a questão do Estatuto do Idoso).

Ressaltou, em um dado momento, que a incoerência do sistema assistencial sugeriria uma "pane legislativa"⁶³³.

No interregno, entendeu que a Justiça persistirá atuando como já vinha fazendo, já que a declaração da inconstitucionalidade seria mais grave, pois haveria um vácuo legislativo⁶³⁴.

O Ministro Luiz Fux, por sua vez, destacou a questão atuarial e a contenção judicial, mas, após pedir vistas, acompanhou o Ministro Gilmar Mendes, ressaltando o princípio da isonomia e da dignidade da pessoa humana⁶³⁵.

No áudio da decisão, disponível no informativo, consta uma proposta de modulação, considerando que as Lei n.º 12.435 e Lei n.º 12.470/2011, reiteraram a regra do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93, mas entendendo que este estaria "a caminho da inconstitucionalidade" e que o legislador, em determinado prazo, corrigisse as incoerências.

No vácuo legislativo, pretendia, além da possibilidade de verificar a miserabilidade em concreto, criar critérios objetivos de flexibilidade dos juízes, até

⁶³² Cf. além dos seus votos sobre a matéria, a sua análise doutrinária a respeito do tema: BRANCO; MENDES, 2012, p. 729 e ss.

⁶³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567985...** p. 26-32; 70

⁶³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 580963**. Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013, g.n.,(inteiro teor, p. 83)

⁶³⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, **RE 567985...** p. 33-38

5% do critério legal de 1/4 do salário-mínimo, assim como pela flexibilidade da interpretação do grupo familiar, não objetivamente considerado, mas em relação à contribuição econômica mútua⁶³⁶.

O Ministro Teori Zavascki fez referência também ao histórico da decisão do STF e da Turma Nacional de Uniformização e à oscilação do entendimento do STF nas Reclamações, mas entendeu que deveria prevalecer o decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 1.232, respeitando-se a autoridade da decisão e sua eficácia erga omnes, sem que se pudesse cogitar do seu erro ou acerto.

Destacou a distinção dos benefícios em relação à legislação posterior, com pressupostos normativos próprios, e, *obiter dicta*, considerou que, se tivesse havido revogação, a norma teria sido restaurada com a Lei n.º 12.470/2011. Não haveria, para ele, inconstitucionalidade superveniente (mudança de parâmetro normativo ou da realidade social) a autorizar a mudança de entendimento, de modo que decisão contrária implicaria conferir efeitos rescisórios à decisão na ADI 1.232.

Aderiu, pois, a uma doutrina confusa de precedentes, vinculando-se ora ao dispositivo, ora a sua *ratio*⁶³⁷.

A Ministra Rosa Weber acompanhou o voto do Ministro Gilmar Mendes, destacando que o fato do Supremo ter declarado a norma constitucional não implica a inconstitucionalidade da eleição de outros parâmetros, reconhecendo, no entanto, o processo de inconstitucionalização⁶³⁸. Esse segundo argumento é mais coerente com a *ratio* da ADI, pois não força uma leitura que não se poderia extrair do voto vencedor.

A Ministra Carmen Lúcia acompanhou o voto do Ministro Marco Aurélio, entendendo pela possibilidade de o juiz verificar, no caso concreto, as condições específicas da seguridade social⁶³⁹. No extrato de ata, no entanto, constou que a Ministra teria acompanhado o Ministro Gilmar Mendes nos dois recursos. Ao que parece, teria esclarecido seu voto no momento em que acompanhou o Ministro

⁶³⁶ Áudio disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo semanal n.º 702. Brasília, 15-19 abr 2013, 1ª parte, 0-19min40seg. Disponível em: <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013.

⁶³⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 567985...** p. 39-49 e 64

⁶³⁸ *Ibid.*, p. 50-51

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 66. Áudio disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo semanal n.º 702. Brasília, 15 a 19 de abril de 2013, 1ª parte, 66-68min, <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013

Gilmar Mendes no tocante à modulação dos efeitos, não fazendo qualquer ressalva à declaração de inconstitucionalidade⁶⁴⁰.

A divergência, como se poderia prever, foi acompanhada pelo Ministro Ricardo Lewandowski, entendendo que o critério eleito pelo legislador era uma política pública [policy] sobre a qual não poderia imiscuir-se o Judiciário. Em dado momento da discussão parece sugerir que não excluiria a possibilidade de verificação concreta [como, aliás, parecia estar decidindo nas Reclamações, as quais, no entanto, apenas não conhecia pela impossibilidade da análise das questões de fato⁶⁴¹], mas, se assim tivesse decidido, teria acompanhado o relator, preferindo, no entanto, acompanhar o Ministro Teori Zavaski⁶⁴².

Por sua vez, o Min. Celso de Mello acompanhou o Ministro Gilmar Mendes, destacando a necessidade de proteção dos grupos vulneráveis⁶⁴³, estando, por fim, impedido o Ministro Dias Toffoli.

O Tribunal, então, por 6 votos a 2, negou provimento ao recurso do INSS, vencidos os Ministros Teori Zavaski e Ricardo Lewandowski, declarando a inconstitucionalidade do art. 20, §3º, sem pronúncia de nulidade. O Ministro Marco Aurélio, ressalve-se, negou provimento, mas sem declarar a inconstitucionalidade.

No tocante ao RE 580.963, sobre o Estatuto do Idoso, o Supremo Tribunal Federal decidiu nos termos da reiterada jurisprudência das instâncias inferiores:

[...] 3. Decisões judiciais contrárias aos critérios objetivos preestabelecidos e processo de institucionalização dos critérios definidos pela Lei 8.742/1993. A decisão do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não pôs termo à controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar per capita estabelecido pela LOAS. Como a Lei permaneceu inalterada, elaboraram-se maneiras de contornar o critério objetivo e único estipulado pela LOAS e de avaliar o real estado de miserabilidade social das famílias com entes idosos ou deficientes. (...) O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de institucionalização decorrente

⁶⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 567985...** p. 88. Áudio disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo semanal n.º 702. Brasília, 15 a 19 de abril de 2013, 2ª parte, 28m30s, <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013

⁶⁴¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 3963**. AgR, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02294-01 PP-00184.

⁶⁴² SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, **RE 567985...** p. 67-72

⁶⁴³ Áudio disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo semanal n.º 702. Brasília, 15 a 19 de abril de 2013, 1ª parte, 78-90m45, <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013.

de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

4. A inconstitucionalidade por omissão parcial do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. O Estatuto do Idoso dispõe, no art. 34, parágrafo único, que o benefício assistencial já concedido a qualquer membro da família não será computado para fins do cálculo da renda familiar per capita a que se refere a LOAS. Não exclusão dos benefícios assistenciais recebidos por deficientes e de previdenciários, no valor de até um salário mínimo, percebido por idosos. Inexistência de justificativa plausível para discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo. Omissão parcial inconstitucional.

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/2003. 6. Recurso extraordinário a que se nega provimento⁶⁴⁴.

No que difere dos votos do RE 567.985, o Ministro Gilmar Mendes, relator, chamou a previsão de "um grande embaraço do ponto de vista da isonomia", prosseguindo;

Veja, aqui o legislador incorreu em grave equívoco: ou é possível, quer dizer, em situação absolutamente idêntica, fazer a exclusão, pouco importa a origem do benefício, se nós estivermos nesse plano de salário mínimo, ou nós vamos, realmente, para uma situação insustentável, conferindo ao legislador não um poder discricionário, mas um arbítrio, porque, vejam, em situações, do ponto de vista numérico, absolutamente idênticas, nós vamos chegar a resultado dispar⁶⁴⁵.

Observou que essa construção foi feita ao longo do tempo pelos juízes, pelas Turmas de Uniformização, chegando ao STF por meio de Reclamações⁶⁴⁶ e, inclusive, em sede de Recurso Extraordinário⁶⁴⁷ e que revelaram a condescendência da Corte com a postura dos juízes brasileiros que aplicavam a interpretação extensiva, tendo em vista a omissão inconstitucional parcial.

⁶⁴⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580963... g.n.

⁶⁴⁵ *Ibid.*, p. 10-11

⁶⁴⁶ Reclamação 4.154, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.3.2006; a Reclamação 4.270, Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.4.2006; a Reclamação 4.016, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ 10.5.2006; e a Reclamação 4.195, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 14.9.2011. *Apud* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, RE 580963... p. 17)

⁶⁴⁷ AI-AgR 590.169, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 9.2.2007; o RE 561.936, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, DJe 9.5.2008; e o RE 569.065, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 1º.10.2010, *Apud* SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, RE 580963... p. 18)

Não vislumbra qualquer justificativa plausível para a discriminação, evidenciando situações de absurda falta de coerência, pois dois idosos teriam direito, mas não um idoso casado com uma pessoa com deficiência, ou um idoso casado com um idoso titular de um benefício previdenciário de valor mínimo, o que desestimularia a contribuição. Sua proposta foi a declaração da inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade, com fixação do mesmo prazo do RE 567.985⁶⁴⁸.

Da mesma forma que no RE 567.985, acompanhou o Ministro Gilmar Mendes⁶⁴⁹, assim como o Min. Celso de Mello⁶⁵⁰, a Ministra Rosa Weber, o Ministro Gilmar Mendes⁶⁵¹, a Ministra Carmen Lucia⁶⁵² e o Ministro Joaquim Barbosa, que, no entanto, optou por não fixar prazo⁶⁵³.

O Ministro Teori Zavascki, em que pese seu voto anterior, ressaltou a questão do art. 34, par. único, da Lei n.º 10.741/2003, acompanhando, neste RE, o Ministro Gilmar Mendes⁶⁵⁴.

O Ministro Marco Aurélio deu provimento ao recurso do INSS por entender que não cabia o afastamento do benefício previdenciário se o caso concreto não demonstrasse a necessidade exigida pela Constituição. Entendeu que, em condições normais, o valor do salário mínimo seria suficiente para a manutenção de quatro pessoas. Houve um debate acalorado (e quase cômico) com o Ministro Gilmar, que tentava esclarecer a distinção da questão do Estatuto do Idoso, pois, aqui, o legislador optara por uma benesse sem necessidade de perquirir a situação concreta, e esclarecer que a decisão do Ministro Marco Aurélio deveria ser enfrentada à luz do princípio da isonomia e implicaria a inconstitucionalidade [por ação] do art. 34, parágrafo único, da Lei n.º 10.741/2003, o que aparentemente não foi bem compreendido por este, que optou por dar provimento ao recurso do INSS, sem excluir o benefício previdenciário de valor mínimo, porque a situação de fato [como se o STF pudesse analisá-la] não indicava a necessidade de dois benefícios,

⁶⁴⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 580963... p. 18-21

⁶⁴⁹ *Ibid.*, p. 22 e 26

⁶⁵⁰ *Ibid.*, p. 96-97

⁶⁵¹ *Ibid.*, p. 38-39

⁶⁵² *Ibid.*, p. 50-56

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 70.

⁶⁵⁴ *Ibid.*, p. 94

sem ponderar sobre a questão jurídica.⁶⁵⁵ Foi acompanhado pelo Ministro Dias Toffoli⁶⁵⁶, pelo Ministro Ricardo Lewandowski, que ressaltou o princípio da precedência da fonte de custeio (art. 195, § 5º, da CF/88) para a extensão de benefícios da seguridade social⁶⁵⁷.

O artigo 34, par. único, da Lei n.º 10.741/2003, foi, portanto, declarado inconstitucional por omissão parcial, sem declaração de nulidade, devendo-se observar a *ratio decidendi*, i.e., ofensa ao princípio da isonomia em relação aos idosos que recebem benefício previdenciário de valor mínimo, e às pessoas com deficiência que recebem benefício assistencial e previdenciário, tal qual, aliás, já vinha decidindo de forma generalizada o sistema dos Juizados Especiais Federais e dos Tribunais Regionais Federais. Ou seja, foi declarado inconstitucional por sua omissão parcial ao ofender à igualdade – não oferecendo a mesma parcela de recurso a pessoas em situação igual –, podendo ser aplicado, então, para estender a proteção.

Em ambos os recursos, no entanto, não foi alcançado o quórum de 2/3 para modulação dos efeitos da decisão, votando pela modulação os Ministros Gilmar Mendes, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia e Celso de Mello, e contra, os Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente), ressaltando que a fixação do prazo, em caso de descumprimento pelo Legislativo, desgataria o Supremo.

O Ministro Marco Aurélio absteve-se quanto à modulação por não ter declarado a inconstitucionalidade em ambos os Recursos. Entendeu-se, no curso da discussão, que no interregno de vácuo legislativo (que não vingou) os juízes continuariam decidindo da mesma forma que vinham decidindo, relativizando a regra⁶⁵⁸.

Por fim, a Reclamação n.º 4.374 foi julgada pelo Pleno na mesma oportunidade, mas o voto do Ministro Gilmar Mendes, relator, tem algumas distinções interessantes. Foi ementado com a seguinte redação específica:

⁶⁵⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **RE 580963...** p. 45-51, 59-60, 63-75. Áudio disponível em: SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Informativo semanal n.º 702. Brasília, 15 a 19 de abril de 2013, 1ª parte, 85-90min, <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, p. 55

⁶⁵⁷ *Ibid.*, p. 95-ss.

⁶⁵⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 567985...** (inteiro teor, p. 93-107)

[...] 3. Reclamação como instrumento de (re)interpretação da decisão proferida em controle de constitucionalidade abstrato. Preliminarmente, arguido o prejuízo da reclamação, em virtude do prévio julgamento dos recursos extraordinários 580.963 e 567.985, o Tribunal, por maioria de votos, conheceu da reclamação. O STF, no exercício da competência geral de fiscalizar a compatibilidade formal e material de qualquer ato normativo com a Constituição, pode declarar a inconstitucionalidade, incidentalmente, de normas tidas como fundamento da decisão ou do ato que é impugnado na reclamação. Isso decorre da própria competência atribuída ao STF para exercer o denominado controle difuso da constitucionalidade das leis e dos atos normativos. A oportunidade de reapreciação das decisões tomadas em sede de controle abstrato de normas tende a surgir com mais naturalidade e de forma mais recorrente no âmbito das reclamações. É no juízo hermenêutico típico da reclamação – no “balancear de olhos” entre objeto e parâmetro da reclamação – que surgirá com maior nitidez a oportunidade para evolução interpretativa no controle de constitucionalidade. Com base na alegação de afronta a determinada decisão do STF, o Tribunal poderá reapreciar e redefinir o conteúdo e o alcance de sua própria decisão. E, inclusive, poderá ir além, superando total ou parcialmente a decisão-parâmetro da reclamação, se entender que, em virtude de evolução hermenêutica, tal decisão não se coaduna mais com a interpretação atual da Constituição. (...). O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade do critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro).

5. Declaração de inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 20, § 3º, da Lei 8.742/1993. 6. Reclamação constitucional julgada improcedente⁶⁵⁹.

Faz, aqui, um histórico da concessão judicial do benefício assistencial e sua repercussão na jurisprudência do STF, a qual considera:

Uma difícil questão constitucional, que vem sendo resolvida pela atuação corajosa da magistratura de primeira instância, na tentativa de remediar um gravíssimo problema social que se notabiliza como uma soma de injustiças, decorrente de uma desencontrada relação entre a letra objetiva da lei e a vontade da Constituição⁶⁶⁰.

Anota, coerentemente finalmente, que o voto prevalecente na ADI n.º 1.232 foi mesmo o do Ministro Nelson Jobim, mas, apesar disso, o voto do Ministro Sepúlveda e do próprio Ministro Ilmar Galvão permaneceram latentes, inclusive com a edição da Súmula n.º 11 [atualmente cancelada] pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais: “a renda mensal

⁶⁵⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...**

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p.8

per capita familiar, superior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário mínimo, não impede a concessão do benefício assistencial previsto no art. 20, § 3º da Lei n.º. 8.742 de 1993, desde que comprovada, por outros meios, a miserabilidade do postulante⁶⁶¹.

Houve, então, a "enxurrada de reclamações", passando o Tribunal inicialmente a julgar procedentes tais reclamações, tal como na Rcl 2.303. Em seguida, vieram as leis que fixaram critérios diversos para a concessão de outros benefícios assistenciais, abrindo novamente a reinterpretação.

O STF teria mantido seu entendimento na Rcl 2.323, mas isso não coibiu as decisões das instâncias inferiores e a "inventividade hermenêutica": exclusão de outro benefício de valor mínimo; exclusão de alguns membros da família; dedução de gastos com medicamentos.

Desse modo, as reclamações e recursos extraordinários continuaram a chegar à Corte, e a partir de 2006, os Ministros Celso de Mello, Ayres Britto e Ricardo Lewandowski passaram a negar seguimento às reclamações, pela impossibilidade de rever o conjunto fático-probatório.

Além deles, o Ministro Marco Aurélio e a Ministra Carmen Lúcia, já aqui citada, decidiam pela insuficiência dos critérios da Lei, de modo que o próprio relator reviu o seu posicionamento na decisão monocrática da Reclamação em julgamento⁶⁶².

Observa, ainda, que, embora o número de Reclamações tenha caído após essas decisões, o trânsito de recursos extraordinários permaneceu inalterado, inclusive com o reconhecimento da Repercussão Geral no RE 567.985. Anoto a edição de novas leis, como a Lei n.º 12.435, que alterou alguns dispositivos da Lei n.º 8.742/93, mas manteve o art. 20, §3º, de modo que considera oportuno prosseguir na discussão. Analisa, então, a possibilidade do Tribunal rever seu posicionamento quanto à decisão na ADI n.º 1.232 na própria Reclamação⁶⁶³.

Ressalta que pode o STF declarar a inconstitucionalidade incidental das normas que fundamentaram a decisão impugnada pela Reclamação (Rcl 595, rel. Min. Sydney Sanches). Anota que, em outra ocasião, após o julgamento da ADI

⁶⁶¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...** p.8..

⁶⁶² *Ibid.*, p.11-20, citando: **Rcl 4.422/RS**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 30.6.2006; **Rcl 4.133/RS**, Rel. Min. Carlos Britto, DJ 30.6.2006; **Rcl 4.366/PE**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 1.6.2006; **Rcl 4.164/RS**, Rel. Min. Marco Aurélio; **Rcl 3.805/SP**, Rel. Min. Carmen Lucia, DJ 18.10.2006

⁶⁶³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, **Rcl 4374...** p.20-21.

1.662, o Tribunal passou a apreciar reclamações sobre a matéria que redundaram na própria redefinição dos contornos da decisão (Rcl-AgR 2009, Rcl 1.525, Rcl 3.293) sobre o regime de pagamentos de precatórios; assim como em relação à ADI 3.395, sobre a extensão da competência da Justiça do Trabalho, e a interpretação conferida nas reclamações que sucederam ao julgamento (Rcl 4.904, Rcl 4.489, Rcl 4.054, Rcl 4.990, Rcl 4.785, Rcl 7.633, Rcl 8.110); a ADI 3.460 e o conceito de atividade jurídica e as Rcl 4.906, Rcl 4.939 e no MS 26.682; ADI 3.324, referente à regra de congeneridade para a transferência obrigatória de alunos servidores públicos e seus dependentes em instituições de ensino superiores e as subsequentes Rcl 3.665, Rcl 3.480, Rcl 3.277, Rcl 3.653 e Rcl 3.469⁶⁶⁴.

Esses exemplos, segundo o Ministro Gilmar, servem a indicar a "atividade que é típica do julgamento da reclamação: a reinterpretação e, portanto, a redefinição do conteúdo e do alcance da decisão apontada como violada 'decisão-parâmetro ou decisão-paradigma'⁶⁶⁵".

Trata-se de uma constante necessidade de reinterpretação da norma em razão dos fatos que serve de

[...] *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de mutação constitucional e de inconstitucionalização de normas (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de alguma antiga decisão⁶⁶⁶.

E afirma: "como é sabido, a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional." Cita, para tanto, os pressupostos indicados por Hans Brox: uma mudança substancial das relações fáticas ou da concepção jurídica geral. E por Brun-Otto Bryde: mudança das relações fáticas e mudança da "concepção constitucional"⁶⁶⁷.

Citando Liebman e Savigny, destaca a cláusula rebus sic stantibus das sentenças para sustentar a possibilidade de uma norma declarada legítima tornar-se inconstitucional, possibilidade reconhecida no próprio STF (RE 105.012),

⁶⁶⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...** p.21-24.

⁶⁶⁵ *Ibid.*, p.24.

⁶⁶⁶ *Ibid.*, p.25

⁶⁶⁷ *Ibid.*, p.25-26

especialmente no controle difuso (INQ 687, CC 7.204, HC 82.959, RE 466.343, RE 349.703). Ressalta que, no âmbito do controle abstrato, a oportunidade de reapreciação tende a surgir nas reclamações, sendo possível redefinir o conteúdo ou mesmo superar completamente a interpretação da decisão paradigma, visando proteger a ordem jurídica como um todo, resultado do exercício do papel do STF de guardião da Constituição⁶⁶⁸.

Apresenta, enfim:

[...] as razões que, reveladoras de um processo de evolução interpretativa no controle de constitucionalidade, podem justificar a completa superação da decisão na ADI 1.232: a) a possível omissão inconstitucional parcial em relação ao dever constitucional de efetivar a norma do art. 203, V, da Constituição; b) o processo de inconstitucionalização do § 3º do art. 20 da Lei nº 8.742/93⁶⁶⁹.

Destaca o Ministro Gilmar o voto do Ministro Ilmar Galvão na ADI 1.232 pela procedência, e a solução "lógica" do Ministro Nelson Jobim, que, no entanto, não teria resolvido o "problema constitucional (substancial)", ressaltado pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Anota que, à época do julgamento, a Corte tinha firme posicionamento no sentido da infungibilidade entre as ações diretas por ação e por omissão (ADI 986) e que, no caso desta, deveria apenas comunicar ao legislador⁶⁷⁰. Entende, então, que, na realidade, a questão da inconstitucionalidade por omissão teria ficado em aberto⁶⁷¹.

Segundo o Ministro Gilmar Mendes, as considerações feitas pelo Ministro Pertence, no sentido da omissão inconstitucional parcial, na realidade, retratavam o entendimento de todos os Ministros⁶⁷². Por qual motivo, então, teriam acompanhado o voto do Ministro Jobim e não o do Ministro Pertence, que também era pela improcedência, o Ministro Gilmar não deixa claro.

Desenvolve, então, seu argumento de mérito, acerca da agenda social da Constituição de 1988, na qual a assistência social tem lugar privilegiado. Entende que hoje:

⁶⁶⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...** p.27-31

⁶⁶⁹ *Ibid.*, Inteiro teor, p.31-33

⁶⁷⁰ Esse posicionamento foi alterado em precedente de 2010 (ADI 875). BARROSO, 2012a, p. 288. Esse precedente também foi citado no voto do Ministro Gilmar Mendes

⁶⁷¹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, *Op. cit.*, **Rcl 4374...** p.27-31

⁶⁷² *Ibid.*, p.33.

[...] o Supremo Tribunal Federal, muito provavelmente, não tomaria a mesma decisão que foi proferida, em 1998, na ADI 1.232. A jurisprudência atual supera, em diversos aspectos, os entendimentos naquela época adotados pelo Tribunal quanto ao tratamento da omissão inconstitucional. A Corte tem avançado substancialmente nos últimos anos, principalmente a partir do advento da Lei n.º 9.868/99, cujo art. 27 abre um leque extenso de possibilidades de soluções diferenciadas para os mais variados casos de omissão inconstitucional ⁶⁷³.

Atualmente, ressalta, o STF não mais se limita a cientificar o Legislativo, mas modula os efeitos da decisão, concedendo prazo ao legislador, declara a inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade, como no caso do Município de Luis Eduardo Magalhães (ADI n.º 2.240, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 3.8.2007) e profere "sentenças de perfil aditivo", como no caso da greve dos servidores públicos (MI n.º 670, rel. para acórdão Min. Gilmar Mendes), adotando também a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (ADI n.º 875, 1987, 2727, 3243, rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 29.04.2010) ⁶⁷⁴.

Sugere, então, a partir de caso alemão já citado neste trabalho – caso Hartz IV, que declarou a inconstitucionalidade da lei que instituiu novo benefício social, pago percentualmente conforme critérios estatísticos (o que ofenderia o mínimo existencial), mas mantendo-o válido por determinado período, para que o Executivo e o Legislativo refizessem os cálculos –, que fosse declarada a inconstitucionalidade do dispositivo, deixando-o aplicável até nova regulamentação ⁶⁷⁵.

Aponta as mudanças econômico-sociais significativas desde a decisão na ADI 1.232 e os programas sociais dos governos, com critérios menos rigorosos que o da Lei n.º 8.742/93 (utilizam a renda per capita de 1/2 salário mínimo).

Assim, sustenta que o art. 20, § 3º, da LOAS passou por um processo de inconstitucionalização, tendo em vista as notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais), de modo que, além da omissão inconstitucional originária, haveria atualmente a inconstitucionalidade do próprio critério objetivo decorrente ⁶⁷⁶.

⁶⁷³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...** p.33-38

⁶⁷⁴ *Ibid.*, p.39-41

⁶⁷⁵ *Ibid.*, p.41-43

⁶⁷⁶ *Ibid.*, p.43-45.

Enfrenta a questão do custo do benefício, inclusive no caso de eventual alteração de critérios, além do aumento da quantidade de benefícios e o próprio aumento real do salário mínimo e a necessidade de que os critérios objetivos de pobreza sejam considerados regionalmente. Conclui que o legislador deve tratar da matéria de forma sistemática, de modo a compor um sistema coerente, evitando o tratamento anti-isômico, como no caso do art. 34, par. único, do Estatuto do Idoso, propondo novamente a fixação de prazo para a implementação de novos critérios, mas declarando a inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade do art. 20, § 3º, da Lei n.º 8.742/93 ⁶⁷⁷.

Admite, portanto, a superação do precedente formado em controle concentrado (ADI 1.232), em decisão proferida no controle difuso.

O Ministro Teori Zavaski, embora admitindo que o STF hoje talvez tomasse outra decisão, entende que não seria possível rescindir a decisão do Supremo, no que foi contraditado pelo Ministro Gilmar Mendes e pela Ministra Carmen Lúcia no sentido de que, em caso de declaração de constitucionalidade, isso seria possível, como teria ocorrido no caso da Lei dos Crimes Hediondos. O Ministro Teori insistiu que não haveria, no entanto, estado de fato superveniente e que, de todo modo, não caberia, em juízo de Reclamação, inaugurar uma nova espécie de controle abstrato de constitucionalidade ⁶⁷⁸.

Foi acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que não seria necessário declarar a inconstitucionalidade, mas este julgava improcedente a Reclamação, tendo em vista a possibilidade de suprir a omissão em concreto ⁶⁷⁹.

O debate partiu para o conhecimento ou não da Reclamação, já que a declaração de inconstitucionalidade já havia sido decidida nos Recursos Extraordinários do dia anterior, mas o Tribunal, por maioria (Mins. Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Carmen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavaski) conheceu da reclamação, vencidos os Ministros Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa (Presidente), que dela não conheciam. No mérito,

⁶⁷⁷ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rcl 4374...** p.45-51

⁶⁷⁸ *Ibid.*, p.51-55.

⁶⁷⁹ *Ibid.*, p.59-60; 67-68

por maioria, julgou improcedente a reclamação, vencido o Ministro Teori Zavascki, que a julgava procedente⁶⁸⁰.

A solução trazida pelo Ministro Gilmar Mendes evidencia a necessidade de reestruturação da teoria do controle de constitucionalidade no Brasil, no tocante à eficácia vinculante dos precedentes, vale dizer, a sua *ratio*, admitindo-se a inadequação do instituto da coisa julgada ao controle concentrado.

Elaborar e implantar uma teoria de precedentes – como vinculação argumentativa – no Brasil parece ser mais interessante. Não implica o engessamento do sistema⁶⁸¹, mas confere estabilidade, segurança e coerência às decisões judiciais, permitindo, também, a incorporação de técnicas que, já arraigadas no sistema da *common law*, lhe imprimem flexibilidade, sem lhe retirar a credibilidade. Isso poderia ter evitado algumas soluções atrapalhadas no roteiro dessa história.

Eis, de todo modo, a atual configuração normativa – entre lei, doutrina e o papel hoje protagonista do Judiciário – do direito à assistência social no Brasil. Assim foi escrita a sua história, cheia de percalços e uma grande e recente reviravolta que lhe corrigiu o prumo.

Seu enredo foi aos poucos densificado e, de forma criativa, constantemente reconstruído. E continuará sendo. Houve falhas de continuidade, sim. As decisões judiciais talvez nem sempre se assemelhem ao cuidado de um romance em cadeia; mas deveriam. A busca pela resposta certa, pelo melhor romance deve sempre recomeçar, agregando e criticando o que já foi escrito e escrevendo um novo capítulo, atento à história passada e zelando pela história futura em cada novo caso, em cada situação concreta. É esse o compromisso ético do jurista de hoje, a atitude proposta.

⁶⁸⁰ Na verdade, a questão do conhecimento ficou nebulosa, pois alguns Ministros afirmaram que negariam seguimento (Gilmar Mendes, porque a questão teria sido decidida nos recursos extraordinários, mas, depois, optou por manter o dispositivo inicialmente proposto pela improcedência), ou que, se conhecessem, julgariam improcedente (Rosa Weber, Luiz Fux) SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Rcl 4374...** p.56-75).

⁶⁸¹ "O precedente dinamiza o sistema jurídico, não o engessa isto porque a interpretação do precedente tem que levar em conta a totalidade do ordenamento jurídico e toda a valoração e a fundamentação que o embasaram, assim, sempre que ele for a base de uma nova decisão, seu conteúdo é passível de um ajuste jurisprudencial..." ABBoud, 2011, p. 371.

6 CONCLUSÃO

O caso do direito à assistência social e sua conformação pelas decisões judiciais é, enfim, exemplar do conflito entre norma e realidade e da necessidade da superação do formato abstrato *versus* concreto.

O discurso da modernidade marcou, afinal, o direito moderno por meio de modelos abstratos e gerais. Esse projeto, porém, revelou-se também um processo real de exclusão, de modo que a perversidade da abstração conduziu a uma crise no próprio sistema de fontes.

Essa crise tensiona direito e poder, provocando a abertura para a concretização do direito por meio das decisões judiciais. Esse protagonismo (ainda que provisório) dos juízes funda (ou deve fundar) sua tarefa na legitimação pela argumentação, funcionando os direitos fundamentais como seus "trunfos".

A atual teoria constitucional, desse modo, busca resgatar a solidariedade por meio da interpretação constitucional e da teoria dos direitos fundamentais. Mas esse resgate é consciente de que a situação existencial não cabe na norma, demandando uma postura diferenciada do intérprete diante da contingência real.

A tensão entre a realidade e a norma, então, se de um lado revela a precariedade dos modelos modernos, de outro, proporciona a assunção de responsabilidade do intérprete para o seu papel ético na definição concreta do que é a Constituição. Trata-se de profanar o direito como abstração a partir de uma postura ética e preocupada com os sujeitos concretos, vítimas de um espaço de suspensão entre a norma e a realidade.

Essa virada para a faticidade passa, portanto, pela aplicação do direito, servindo Dworkin como referencial à proposta ética de despojar o direito da mitologia da norma geral e abstrata, assumindo a complexidade dos fatos.

O direito como integridade permite a abertura do Direito, imprimindo coerência e consistência ao sistema jurídico, impondo ao intérprete a responsabilidade ética de buscar a resposta correta à luz da comunidade de princípios em que se insere e situando cada decisão tal qual o capítulo de um romance em cadeia, assumindo o passado e projetando o futuro.

Dworkin devolve o intérprete à sua faticidade, historiciza-o e, dessa forma, o limita, evitando arbitrariedades interpretativas. Impõe-lhe uma postura. O direito é, enfim, uma atitude interpretativa, contestadora, construtiva e fraterna.

A metáfora do romance em cadeia impõe, na prática, a adoção de uma teoria de precedentes, que, então, ganha espaço na tradição da *civil law*, servindo, sim, como fonte de Direito, ocupando aquele espaço deixado pela abstração.

Os precedentes cuidam de valores específicos da comunidade de princípios, destacando-se a segurança jurídica (como argumentação) e a igualdade. Não implicam o engessamento do sistema, mas conferem estabilidade e coerência às decisões judiciais, permitindo, também, a incorporação (ainda que não explícita) de técnicas que, já arraigadas no sistema da *common law*, lhe imprimem flexibilidade, sem lhe retirar a credibilidade.

O juiz eticamente responsável não pode ignorar um precedente, ainda que acabe por não o aplicar. O próprio caso da assistência social parece ser um exemplo dessa flexibilidade.

A análise de teoria dos precedentes, a que servem, em que consistem e suas formas de flexibilização foi necessária para aproximar duas tradições e permitir entender precisamente o "romance em cadeia" que foi escrito acerca do direito à assistência.

Além disso, foi necessário esclarecer como essa teoria insere-se no sistema de controle de constitucionalidade híbrido adotado no Brasil, na tentativa de desapegar-se de institutos formais, como a coisa julgada, eficácia da sentença etc. Os precedentes têm o mérito de fincar a Constituição à realidade e o processo ao direito material.

A postura ética do juiz é especialmente relevante em relação a pretensões referentes a direitos fundamentais sociais, vocacionados que estão a promover os valores nucleares de uma sociedade. As decisões judiciais têm papel ímpar na sua densificação normativa.

É que a crise das fontes coincide (não por mera coincidência) com a crise do Estado Social, demandando ambas a atuação da jurisdição constitucional.

Se a teoria dos precedentes serve de norte formal para essa atuação, a teoria dos direitos fundamentais – fundada na igualdade e na dignidade – serve de norte material. Com Dworkin, alia-se adequação (*fit*) e justificação (*justification*), a coerência e a consistência reclamadas pelo direito como integridade.

A garantia da dignidade da pessoa humana envolve oferecer condições mínimas para que as pessoas possam viver de forma digna e se desenvolver em condições de igualdade. São, no entanto, limites axiológicos históricos, móveis e

abertos. O direito à assistência social é o ponto de chegada desse percurso em busca da concretização por meio das decisões judiciais.

A assistência social revela, assim, inúmeras situações em que a norma abstrata não deu conta dos fatos, de modo que o Judiciário tem importante papel nessa constante refundação do que é a Constituição, demandando do intérprete a abertura dos conceitos legais por meio dos princípios.

As decisões judiciais foram, então, aos poucos construindo o conteúdo do direito à assistência social, normatizando por meio dos precedentes, tal qual um romance em cadeia conta uma história.

O próprio STF teve que escrever e reescrever esse enredo. Nem sempre de forma coerente. Nem sempre com o cuidado exigido, o que evidencia também a necessidade de reestruturação da teoria do controle de constitucionalidade no Brasil, quiçá a partir de uma teoria de precedentes.

Não se trata de um novo dogma. Talvez não haja protagonismo de fato do Judiciário, mas apenas a descoberta do seu efetivo papel nesse ajuste político-jurídico que demanda a conformação dessa zona de indeterminação entre a norma e a realidade por meio das decisões judiciais e do compromisso ético com os seus sujeitos concretos.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Precedente judicial *versus* Jurisprudência dotada de efeito vinculante: A ineficácia e os equívocos das reformas legislativas na busca de uma cultura de precedentes. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 490-552.

ADEODATO, João Maurício. **A retórica constitucional (sobre tolerância, direitos humanos e outros fundamentos éticos do direito positivo)**. 2ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____, João Maurício. **Filosofia do direito: uma crítica na ética e na ciência (através de um exame da ontologia de Nicolai Hartmann)**. São Paulo: Saraiva, 1996.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. [trad. Iraci D. Poleti]. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Trad. de Henrique Burigo. Belo Horizonte: UFMG, 2002.

_____. **O que a renúncia de Ratzinger ensina à política**. trad. Moisés Sbardelotto. Instituto Humanitas Unisinos, 17 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/517651-o-que-a-renuncia-de-ratzinger-ensina-a-politica-artigo-de-giorgio-agamben>, acesso em 28/11/2013.

_____. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. trad. Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALDISERT, Ruggero J. Precedent: what it is and what it isn't; when do we kiss it, when do we kill it? In: **17 Pepperdine Law Review** 3 (1990). Disponível em: <http://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol17/iss3/2>, acesso em 24.11.2013

ALEGRE, Marcelo. Igualitarismo, Democracia y activismo judicial. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). **El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007, p. 145-162.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: RT, 2008.

BAER, Susanne. Equality. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**. Oxford University Press, 2012, p. 982-1001.

BALERA, Wagner. **Sistema de seguridade social**. 4ed. São Paulo: LTr, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Conteúdo jurídico do Princípio da Igualdade**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BANKOWSKI, Zenon; MACCORMICK, Neil; MORAWSKI, Lech; MIGUEL, Alfonso Ruiz. Rationales for Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 481-501.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia**. Belo Horizonte: Forum, 2007.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz. **Stare decisis, integridade e segurança jurídica**: reflexões críticas a partir da aproximação dos sistemas de *common law* e *civil law* na sociedade contemporânea. 264 p. Tese de doutorado. Programa de Pós-graduação em Direito, Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo e Rio de Janeiro: Renovar e Unisinos, 2006

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. trad. Humberto Laport de Mello. Belo Horizonte: Forum, 2013.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ed. São Paulo: Saraiva, 2012a.

_____. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 4ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **O novo direito constitucional brasileiro**: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Forum, 2012b.

BERCOVICCI, Gilberto. **Constituição e Estado de Exceção Permanente** - atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue editorial, 2004.

BISHOP, Joel Prentiss. **Common law and codification or the common law as a system of reasoning** - how and why essential to good government. Chicago: Law Book Publishers, 1888.

BITTENCOURT NETO, Eurico. **O direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

BOCHENEK, Antônio César. **A interação entre tribunais e democracia por meio do acesso aos direitos e à justiça**: análise de experiências dos juizados especiais federais cíveis brasileiros. Brasília: CJF, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRANCO, Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRANCO, Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. **Relatório de gestão 2012**. Brasília: MDS, 2013.

BRENNER, Saul; SPAETH, Harold. **Stare indecisis**: the alteration of precedent on the Supreme Court, 1946-1992. New York: Cambridge University Press, 1995.

BREUS, Thiago Lima. **Políticas públicas no Estado Constitucional** – problemática da concretização dos Direitos Fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Forum, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ed. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6ed. Coimbra: Almedina, 2002.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

_____. O direito constitucional como ciência de direcção – o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (contributo para a reabilitação da força normativa da "Constituição Social". In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Borchia (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. O direito do pobres no activismo judiciário In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Borchia (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. São Paulo: RT, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. **O controle de constitucionalidade das leis no direito comparado**. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. 2ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1984.

_____. Repudiando Montesquieu? A expansão e a legitimidade da "justiça constitucional". Trad. Fernando Sá. **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região**, v.1, n. 1 (jan./mar. 1990). – Porto Alegre: O Tribunal, 1990, p. 15-50.

CARDONE, Marly A. **Previdência, assistência, saúde: o não trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: LTr, 1990

CARDOZO, Benjamin N. **The nature of the judicial process**. New Haven and London: Yale University Press, s.d.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio. **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 141-163.

CARVALHO NETTO, Menelick; SCOTTI, Guilherme. **Os direitos fundamentais e a (in)certeza do Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 10ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2008.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Teoria da constituição**. Belo Horizonte: Initia Via, 2012.

CEDENHO, Antonio Carlos. **Diretrizes constitucionais da assistência social**. São Paulo: Verbatim, 2012.

CHAI, Cássius Guimarães. **Jurisdição constitucional concreta em uma democracia de riscos**. São Luís: Associação do Ministério Público do Estado do Maranhão, 2007.

CHAMEKI, Eduardo. Derrotabilidade normativa no direito da seguridade social. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012, p. 319-340.

CHRISTIANSEN, Eric C. Decidindo sobre direitos não-justiciáveis: direitos sócio-econômicos e a corte constitucional sul-africana. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 641-695.

CHUEIRI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Crítica da modernidade: diálogos com o direito**. Florianópolis: Boiteux, 2005, p.93-107.

_____. **Before the law: philosophy and literature: (the experience of that which one cannot experience)**. Tese. New School University, 2004

_____. **Filosofia do Direito e Modernidade** – Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: J.M., 1995.

_____. O discurso do constitucionalismo: governo das leis *versus* governo do povo. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). **Direito e discurso: discursos do direito**. Florianópolis: Boiteux, 2006, p.161-171.

CHUEIRI, Vera Karam de; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. Como levar o supremo tribunal federal a sério: sobre a suspensão da tutela antecipada. **Revista Direito GV**, n. 5(1), São Paulo, jan-jun, 2009, p. 45-66.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2ed. São Paulo: RT, 2000.

_____. **O direito e o os direitos: elementos para uma crítica do direito contemporâneo**. 3ed. Belo Horizonte: Forum, 2011.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; RECK, Melina Breckenfeld. As ações afirmativas e a Efetivação do Princípio Constitucional da Igualdade. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan/mar 2003. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

COIMBRA, Feijó. **Direito Previdenciário Brasileiro**. 10ed. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 1999.

CONTO, Mario De. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. Interpretação dos direitos fundamentais sociais, solidariedade e consciência de classe. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha (coord.). **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. **Curso de direito da seguridade social**. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo. **O Estado de Direito: história, teoria, crítica**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

CROSS, Frank B.; SMITH, Thomas A.; TOMARCHIO, Antonio. Determinants of cohesion in the Supreme Court's Network of Precedents. In: University of Texas Law, **Law and Economics Research Paper** n.º 90, agosto, 2006.

CROSS, Rupert. **Precedent in English Law**. 3ed. Oxford: Clarendon Press, 1977.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. **A resposta correta** – incursões jurídicas e filosóficas sobre as teorias da justiça. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

_____. **Hermenêutica Jurídica e(m) debate:** o constitucionalismo brasileiro entre a teoria do discurso e a ontologia existencial. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. **Jurisdição constitucional democrática.** Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

_____. Um olhar crítico-deliberativo sobre os Direitos Sociais no Estado Democrático de Direito. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

DAVID, Rene. **Os grandes sistemas do Direito contemporâneo.** [trad. Hermínio A. Carvalho]. São Paulo: Martins Fontes, 1986.

DAVIS, D. M. Socio-economic rights. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford University Press, 2012.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de introdução ao estudo do direito:** definição e conceitos básicos. 2ed. São Paulo: RT, 2007.

DOUGLAS, William O. Stare decisis. In: **Columbia Law Review**, v. 49, n.º 6. jun/1949, p. 735-758.

DOUZINAS, Costas. **O fim dos direitos humanos.** Trad. Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUARTE, Fernanda; VIEIRA, José Ribas (org.). **Teoria da mudança constitucional: sua trajetória nos Estados Unidos e na Europa.** Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DUARTE, Marina Vasques. **Direito previdenciário.** Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.

DUGARD, Jackie; ROUX, Theunis. The record of the South African Constitutional Court in Providing an Institutional Voice for the Poor: 1995-2004. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies:** an institutional voice for the poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

DUSSEL, Enrique. **Ética da libertação** – na idade da globalização e da exclusão. 2ª ed. Petrópolis: Vozes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

_____. **Is democracy possible here?** Principles for a new political debate. Princeton University Press: Princeton and Oxford, s.d.

_____. **Justice for Hedgehogs**. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

_____. **Law's empire**. Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

_____. **Life's dominion: an argument about abortion, euthanasia, and individual freedom**. New York: First Vintage Books Edition: July, 1994.

_____. **O império do direito**. 2ed. [trad. Jefferson Luiz Camargo]. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Sovereign virtue: the theory and practice of equality**. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

_____. **Taking rights seriously**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1977.

_____. **Uma questão de princípio**. [trad. Luís Carlos Borges]. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EISENBERG, Melvin Aron. **The nature of the common law**. Cambridge: Harvard University Press, 1988.

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto Jurídico do Patrimônio Mínimo**. 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRARESE, Maria Rosaria. Dal "verbo" legislativo a chi dice l'"ultima parola". In: *Annuario di Diritto Comparato e di Studi Legislativi*. Nápoles: **Edizione Scientifiche Italiane**, 2011, p. 63-90.

FINE, Toni M. **Introdução ao sistema jurídico anglo-americano**. Trad. Eduardo Saldanha. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

FISS, Owen. **Um novo processo civil**: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: RT, 2004.

FOLMANN, Melissa. **Benefício assistencial ao idoso e ao portador de deficiência**: teoria e prática. Curitiba: Juruá, 2012.

FONSECA, Cláudia. Família e proteção social: um aporte da antropologia. In: VAZ, Paulo Afonso Brum; SAVARIS, José Antônio (org.). **Direito da previdência e assistência social**: elementos para uma compreensão interdisciplinar. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FONSECA, Ricardo Marcelo. O Poder entre o Direito e a “Norma”: Foucault e Deleuze na Teoria do Estado. In: FONSECA, R. M. (org.). **Repensando a Teoria do Estado**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. A ONU e seu conceito revolucionário de pessoa com deficiência. IN: SAVARIS, José Antônio (coord). **Curso de perícia judicial previdenciária**. São Paulo: Conceito editorial, 2011.

FORTES, Simone Barbisan. **Conceito de entidade familiar e seguridade social**. Porto Alegre: TRF – 4a Região, 2007 (Currículo Permanente. Caderno de Direito Previdenciário: módulo 3).

FORTES, Simone Barbisan; PAULSEN, Leandro. **Direito da seguridade social: prestações e custeio da previdência, assistência e saúde**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade**. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1985.

FURMANN, Ivan; SILVA, Thais Sampaio da. Direito pré-moderno: um contributo histórico e uma crítica presente. **Jus Navigandi** (Teresina), Teresina, v. 939, 2006.

GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. Direito de família e Direito Previdenciário: Possíveis diálogos. In: SOUZA, Fábio. **Previdência e família: intersecções entre o direito previdenciário e o direito de família**. Curitiba: Juruá, 2012.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Trad. Maria Luiza de Carvalho. 2ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. Trad. Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2008a.

_____. Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales. In: ALEGRE, Marcelo; GARGARELLA, Roberto (coord). **El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario**. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2007.

_____. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008b.

_____. **Derecho y grupos desaventajados.** Barcelona: Editorial Gedisa S.A, 1999.

_____. Theories of Democracy, the Judiciary and Social Rights. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies:** an institutional voice for the poor? Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

_____. Una disputa imaginaria sobre el control judicial de las leyes: el "constitucionalismo popular" frente a la teoría de Carlos Nino. In: **Homenaje a Carlos S. Nino.** Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, p. 203-215.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia:** uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Nicole P. S. Mäder. **Jurisdição constitucional** - na perspectiva da democracia deliberativa. Curitiba: Juruá, 2011.

GOODHART, Arthur L. Determining the *ratio decidendi* of a case. In: **The Yale Law Journal**, Vol. 40, No. 2 (Dec., 1930), pp. 161-183.

_____. **Precedent in English and Continental Law.** London: Stevens and Sons Limited, 1934.

_____. The *ratio decidendi* of a case. In: **The Modern Law Review**, Vol. 22, No. 2 (Mar., 1959), Blackwell Publishing pp. 117-124.

GOYARD-FABRE, Simone. **Filosofia crítica e razão jurídica.** Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2006

GRAU, Antonio Baylos; ROMERO, Maria Jose. Centralización y descentralización en el modelo español de federalismo social (la asistencia social como ejemplo). In: BARUFFI, Helder (org). **Direitos fundamentais sociais:** estudos em homenagem aos 60 anos da declaração universal dos direitos humanos e aos 20 anos da Constituição Federal. Dourados, MS: UFGD, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica).** 9ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GROSSI, Paolo. **A identidade do jurista, hoje (lectio doctoralis).** Curitiba: UFPR, 2011.

_____. **Mitologias jurídicas da modernidade.** 2ed. [trad. Arno Dal Ri Junior]. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007.

_____. **Primeira lição sobre Direito.** Trad. Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: 2005.

HAMILTON, Alexander et. al. **Os Federalistas** (n. 78). 2ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979, p. 162-166.

HARRIS, J. T. Towards principles of overruling - when should a final court of appeal second guess? In: **Oxford Journal of Legal Studies**, Vol. 10, No. 2 (Summer, 1990), pp. 135-199.

HART, H. L. A. **Essays in jurisprudence and philosophy**. Oxford: Clarendon Press, s.d.

HAZARD JR, Geoffrey C.; TARUFFO, Michele. **American civil procedure: an introduction**. New Haven and London: Yale University Press.

HESPANHA, Antonio Manuel. ¿Habrán vuelto los jueces al centro del derecho? Justicia & Democracia. **Revista de La Academia de La Magistratura**. Lima, Peru. N.º 10/2011, p. 277-295.

HURLEY, S. L. Coherence, hypothetical cases and precedent. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, v. 10, n. 2, 1990, p. 221-251.

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Acesso a Justiça Federal: dez anos de juizados especiais**. Brasília: Conselho da Justiça Federal, CEJ, 2012.

_____. **Políticas sociais: acompanhamento e análise**. Brasília: IPEA, 2011.

JUSTIÇA FEDERAL DO PARANÁ. Processo eletrônico n.º 5041107 - 19.2012.404.7000.

_____. Processo eletrônico n.º 5049714 -21.2012.404.7000

_____. **1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná**. Processo eletrônico 2010.70.56.002169-7, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 15/03/2011.

_____. **1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná**. Processo eletrônico 2009.70.53.002401-3, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 07/06/2010.

_____. **1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná**. Processo eletrônico 2009.70.52.001536-2, rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 02/06/2010.

_____. **1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná**. Processo eletrônico 2009.70.55.001172-3, rel. Juíza Federal Márcia Vogel Vidal de Oliveira, j. 14/02/2011.

_____. **2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná**. Processo eletrônico 2007.70.66.000103-0, rel. Juíza Federal Andréia Castro Dias, j. 29/03/2011.

_____. **2ª Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Paraná.** Processo eletrônico 2009.70.52.006349-3, rel. Juíza Federal Ivanise Correa rodrigues Perotoni, j. 16.06.2010.

KOZICKI, Katya. **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

KRAMER, Larry D. **The people themselves: popular constitutionalism and judicial review.** Oxford University Press, 2004.

KRELL, Andreas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha – Os (des)caminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

KUHN, T. S. **A estrutura das revoluções científicas.** [trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira]. 7ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil.** Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009.

LEIRIA, Maria Lúcia Luz. **Direito previdenciário e estado democrático de direito: uma (re)discussão à luz da hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

LINDQUIST, Stefanie A.; CROSS, Frank B. Empirically testing Dworkin's chain novel theory: studying the path of precedent. In: **New York University Law**, v. 80, oct/2005, p. 1156-1206.

LUDWIG, Celso Luiz. **Para uma filosofia jurídica da libertação: paradigmas da filosofia, filosofia da libertação e direito alternativo.** Florianópolis: Conceito Editorial, 2006.

LYONS, David. Formal justice and judicial precedent. In: **Vanderbilt Law Review**, vol. 38, 1985, pp 495-512.

MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study.** London: Dartmouth, 1997.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea.** São Paulo: Saraiva, 2013.

MAHLMANN, Matthias. Human dignity and autonomy in modern constitutional orders. In: ROSENFELD, Michel; SAJÓ, András. **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law.** Oxford University Press, 2012, p 370-396.

MARCELINO, Miguel Abud. Avaliação social e médico-pericial para acesso ao benefício de prestação continuada da assistência social. In: SAVARIS, José Antônio (coord). **Curso de perícia judicial previdenciária.** São Paulo: Conceito Editorial, 2011, p. 415-452.

MARCONDES, Danilo. **Iniciação à história da filosofia** – dos pré-socráticos a Wittgenstein. 6ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil, vol.1: teoria geral do processo**. São Paulo: RT, 2006.

_____. Elaboração dos conceitos de *ratio decidendi* (fundamentos determinantes da decisão) e obter *dictum* no direito brasileiro In: _____ (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012a, p. 599-630.

_____. O precedente na dimensão da igualdade. In: _____ (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ª ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012b, p. 577-597.

_____. O precedente na dimensão da segurança jurídica. In: _____ (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012c, p. 559-574.

_____. **Precedentes obrigatórios**. 2ed. São Paulo: RT, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Manual do Processo de conhecimento**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MARSHALL, George. What is binding in a Precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study**. London: Dartmouth, 1997, p. 503-517.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Curso de direito previdenciário, tomo II: previdência social**. São Paulo: LTr, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito da seguridade social**. 19ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MENDES, Conrado Hübner. **Controle de constitucionalidade e democracia**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

_____. **Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos fundamentais e seus múltiplos significados na ordem constitucional. In: **Revista Jurídica Virtual**, v.2, n.13, jun/1999. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm, acesso em 14 nov 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 4ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. 3ed. Lisboa: Editorial Estampa, 2005.

MIRANDA, Jedrael Galvão. **Direito da Seguridade Social: direito previdenciário, infortunística, assistência social e saúde**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e Precedente – dois discursos a partir da decisão judicial. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org.). **A força dos precedentes: estudos dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito Processual Civil da UFPR**. 2ed. Jus Podium: Belo Horizonte, 2012.

MORAIS, José Luís Bolzan de. De sonhos feitos, desfeitos e refeitos vivemos a globalização. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. **Estado Constitucional, Direitos Fundamentais: limites e possibilidades**. Porto Alegre: TRF – 4ª Região, 2008 (Caderno de Direito Constitucional: módulo 5).

_____. **As crises do estado e da constituição e a transformação espacial dos direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

_____. Fragmentos para um discurso concretista e uma prática dos direitos humanos. In: **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, v.1, n.1. Porto Alegre: Instituto de Hermenêutica Jurídica, 2003, p. 115.

MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.

_____. Questões controvertidas sobre o benefício assistencial. In: ROCHA, Daniel Machado, et. al. **Temas atuais de Direito Previdenciário e assistência social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, P. 143-160.

MORRISON, Wayne. **Jurisprudence: from de Greeks to post-modernism**. London: Cavendish Publishing Limited, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Metodologia de direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. 4ª ed. São Paulo: RT, 2010.

MURPHY, Liam. The political question of the concept of law. In: COLEMAN, Jules. **Hart's postscript: essays on the postscript to The Concept of Law**. Oxford University Press, p. 371-409.

NERY JR, Nelson. Prefácio. In: ABBOUD, Georges. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. 3ed. São Paulo: RT, 2011.

_____. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra Editora, 2003.

_____. **Direitos fundamentais**: trunfos contra a maioria. Coimbra Editora, 2006.

PASTOR, José Manuel Almansa. **Derecho de la seguridad social**. vol. 1. Madrid: editorial Tecnos, s.d.

PECZENIK, Aleksander. The binding force of precedent. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents**: a comparative study. London: Dartmouth, 1997.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PERLINGIERI, Pietro. **O direito civil na legalidade constitucional**. Trad. Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

PERRY, Stephen R. Judicial obligation, precedent and the *common law*. In: **Oxford Journal of Legal Studies**, vol. 7, n. 2, Oxford University Press, 1987, p. 215-257.

PETERS, Christopher J. Foolish consistency: on equality, integrity, and justice in stare decisis. In: **105 Yale L.J.** 1995-1996, p. 2031-2115.

PIOVESAN, Flávia. Direitos sociais: proteção internacional e perspectivas do constitucionalismo latino-americano. In: SAVARIS, José Antonio (coord.). **Direitos fundamentais da pessoa humana**: um diálogo latino-americano. Curitiba: Alteridade editora, 2012.

PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales e sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Editorial Trota, s.d.

_____. **Un largo termidor**: la ofensiva del constitucionalismo antidemocrático. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?** Política, direito e democracia no Brasil. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

PORTES, Maira. Eficácia erga omnes e coisa julgada: aspectos da jurisdição constitucional brasileira. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2012a, p. 415-437.

PORTES, Maira. Instrumentos para Revogação de Precedentes no Sistema de *Common law*. In: MARINONI, Luiz Guilherme (org). **A força dos precedentes**. 2ed. Salvador: Ed. Jus Podium, 2012b, p. 183-228.

POSNER, Richard A. El rol del juez en el siglo XXI. Justicia & Democracia. **Revista de La Academia de La Magistratura**. Lima, Peru. N.º 10/2011, p. 301-323.

REIMANN, Mathias. Droit positif et culture juridique: L'américanisation du droit européen par réception. In: L'américanisation du droit. **Archives de philosophie du droit**. Tome 45. Paris: Éditions Dalloz, 2001, p. 61-75.

ROCHA, Daniel Machado da. **Comentários à lei de benefícios da previdência social**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, Esmafe, 2009.

_____. **O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretivos do sistema previdenciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as Cortes?** Para uma crítica do direito (brasileiro). No prelo.

ROSA, Alexandre Moraes da. Direitos fundamentais e Constituição: um sentido democrático. In: BOCHENEK, Antônio Cés; Maezaar; NETO TAVARES, José Querino; MEZZARROBA, Orides (coord.) **Diálogo entre culturas: Direito a ter Direito**. Curitiba: Juruá, 2010, p. 142-151.

ROTHENBURG, Walter Claudius; ROSA, João Luiz Moraes, et. al. **Assistência e Previdência Social em conexão com os direitos fundamentais: análise de casos**. Direitos fundamentais sociais. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 173-219.

SAAVEDRA, Giovani Agostini. **Jurisdição e Democracia: uma análise a partir das teorias de Jürgen Habermas, Robert Alexy, Ronald Dworkin e Niklas Luhmann**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAFRANSKI, Rüdiger. **Um mestre da Alemanha. Heidegger e o seu tempo**. Tradução de Jorge Telles Menezes. Lisboa: Instituto Piaget, 1994.

SALGADO, Eneida Desiree. **Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SALMOND, John W. Theory of judicial precedents. In: **16 Law Quaterly Review**, 1900, p. 376-391, p. 386-387.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os processos de globalização. In: SANTOS, Boaventura de Sousa. **A globalização e as ciências sociais**. São Paulo: Cortez, 2002.

SANTOS, Evaristo Aragão. Em torno do conceito e da formação do precedente judicial. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). **Direito jurisprudencial**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012

_____. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: 22 jul. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (org.) **Direitos fundamentais: orçamento e reserva do possível**. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2008.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. In: **Revista de Direito do Estado**, v. 2, 2006.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008.

SAVARIS, José Antônio. **Direito processual previdenciário**. 2ed. Curitiba: Juruá, 2009.

_____. Traços elementares do Sistema Constitucional de Seguridade Social. In: ROCHA, Daniel Machado; SAVARIS, José Antonio. **Curso de especialização em direito previdenciário**. Vol. 1. Curitiba: Juruá, 2008, p. 93-162.

_____. **Uma teoria da decisão judicial da previdência social**: contributo para superação da prática utilitarista. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

SAVARIS, José Antônio. XAVIER, Flávia da Silva. **Recursos cíveis nos Juizados Especiais Federais**. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. **Direitos fundamentais: proteção e restrições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHÄFER, Jairo. **Classificação dos direitos fundamentais**: do sistema geracional ao sistema unitário – uma proposta de compreensão. Porto Alegre: Livraria do Advogado, s.d.

SCHAUER, Frederick. Precedent. In: **Stanford Law Review**, Vol. 39, No. 3 (Feb., 1987), pp. 571-605.

SGARBOSSA, Luís Fernando. O conceito de derrotabilidade normativa: noções fundamentais e análise crítica. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações**. Curitiba: Juruá, 2012.

SILTALA, Raimo. **A theory of precedent**: from analytical positivism to a post-analytical philosophy of law. Oxford: Hart Publishing, 2000.

_____. **Law, truth and reason**: a treatise on legal argumentation. London: Springer, 2011.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 5ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Thais Sampaio da. **Coisa julgada administrativa (?)** – entre a autotutela e a segurança jurídica. 46f. Monografia (Especialização em Direito Público). Faculdades Integradas do Brasil – Unibrasil: Curitiba, 2007.

_____. Heidegger e Dworkin: diálogo para a fundamentação ontológica da teoria da resposta correta. In: POZZOLI, Lafayette; SOBREIRA FILHO, Enoque Feitosa. CONPEDI/UNICURITIBA. **Filosofia do direito**. Florianópolis: FUNJAB, 2013, p. 252-278. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7ec2442aa04c1575>, acesso em 04.11.2013.

_____. Modernidade e processo civil: perspectiva arqueogenealógica da verdade processual. **Revista Jurídica Themis**, v. 16, p. 125-147, 2005.

_____. Perspectiva transmoderna do direito fundamental à assistência social e ao benefício de prestação continuada: o sujeito de direito e sua família. In: GEBRAN NETO, João Pedro; HIROSE, Tadaaqui. **Curso modular de direito constitucional**. São Paulo: Conceito editorial, 2010, p. 321-350.

_____. **Verdade processual moderna**: uma perspectiva arqueogenealógica. Curitiba, 2004, 87 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SPRIGGS, James F.; HANSFORD, Thomas G. **Explaining the Overruling of U. S. Supreme Court**. In: Papers presented in the center for the study of Law and Society Bag Lunch Speaker Series. Center for the Study of Law and Society Jurisprudence and Social Policy Program, Paper 9, University of California, Berkeley, 2002

STANDLER, Ronald B. **Overruled**: Stare Decisis in the U. S. Supreme Court, jul/2009, p. 35. Disponível em <http://www.rbs2.com/overrule.pdf>. Acesso em 23 nov 2013.

STRECK, Lênio L. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 3ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise** – uma exploração hermenêutica da construção do Direito. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. **Verdade e Consenso** – Constituição, Hermenêutica e teorias discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **AgRg no Ag 1329856/SP**, Rel. MIN. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 16/08/2011, DJe 29/08/2011

_____. **Pet 7203/PE**, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 10/08/2011, DJe 11/10/2011.

_____. **REsp 1112557/MG**, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 20/11/2009.

SUPLICY, Eduardo. Da renda mínima à renda básica no Brasil. In: CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Bacha. **Direito previdenciário e Constituição**. São Paulo: LTr, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 1232**. Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/1998, DJ 01-06-2001 PP-00075 EMENT VOL-02033-01 PP-00095 (inteiro teor).

_____. **RE 580963** RG, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 16/09/2010, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-190 DIVULG 07-10-2010 PUBLIC 08-10-2010 RT v. 100, n. 904, 2011, p. 131-133.

_____. **RE 587970** RG, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 25/06/2009, DJe-186 DIVULG 01-10-2009 PUBLIC 02-10-2009 EMENT VOL-02376-04 PP-00742).

_____. **Rcl 4427**. MC-AgR, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 06/06/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00023 EMENT VOL-02282-04 PP-00814 LEXSTF v. 29, n. 343, 2007, p. 215-219 RT v. 96, n. 865, 2007, p. 121-122.

_____. **Reclamação 4133/RS**. Rel. Min. Carlos Britto, julg. 22/06/2006, publicado no DJU de 30/06/2006.

_____. **Informativo semanal n.º 702**. Brasília, 15 a 19 de abril de 2013, disponível em <http://stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo702.htm>, acesso em 14/12/2013

_____. **MI 448**. Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 05/09/1994, DJ 06-06-1997 PP-24871 EMENT VOL-01872-01 PP-00001.

_____. **Rcl 2303 AgR**. Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/05/2004, DJ 01-04-2005 PP-00005 EMENT VOL-02185-01 PP-00110 RTJ VOL-00195-02 PP-00419 LEXSTF v. 27, n. 317, 2005, p. 194-212.

_____. **Rcl 2323**. Relator(a): Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 07/04/2005, DJ 20-05-2005 PP-00008 EMENT VOL-02192-02 PP-00302 LEXSTF v. 27, n. 319, 2005, p. 230-235 RTJ VOL-00193-02 PP-00510

_____. **Rcl 3805 AgR**. Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2009, DJe-157 DIVULG 20-08-2009 PUBLIC 21-08-2009 EMENT VOL-02370-02 PP-00263.

_____. **Rcl 3805.** Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, julgado em 09/10/2006, publicado em DJ 18/10/2006 PP-00041.

_____. **Rcl 3963 AgR.** Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/2007, DJe-126 DIVULG 18-10-2007 PUBLIC 19-10-2007 DJ 19-10-2007 PP-00028 EMENT VOL-02294-01 PP-00184.

_____. **Rcl 4374.** Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-173 DIVULG 03-09-2013 PUBLIC 04-09-2013. (Inteiro teor).

_____. **RE 567985 RG.** Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, julgado em 08/02/2008, DJe-065 DIVULG 10-04-2008 PUBLIC 11-04-2008 EMENT VOL-02314-08 PP-01661.

_____. **RE 580963.** Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 18/04/2013, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-225 DIVULG 13-11-2013 PUBLIC 14-11-2013, g.n.,(inteiro teor)

_____. **Reclamação 4.154.** Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 31.3.2006.

_____. **Reclamação 4.270.** Rel. Min. Eros Grau, DJ 25.4.2006.

TARUFFO, Michele. Institutional factors influencing precedents. In: MACCORMICK, Neil; SUMMERS, Robert. **Interpreting precedents: a comparative study.** London: Dartmouth, 1997.

TAVARES, Marcelo Leonardo. Assistência Social. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (coord.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.** Belo Horizonte: Lumen Juris, 2008, p. 1123-1139.

_____. **Direito previdenciário:** regime geral de previdência social e regras constitucionais dos regimes próprios de previdência social. 13ed. Niteroi, RJ: Impetus, 2011.

THEISEN, Ana Maria Wickert e outros. **Direito previdenciário.** Aspectos materiais, processuais e penais. 2ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

TORRES, Dennis José Almanza. A derrotabilidade das normas jurídicas e sua presença nas decisões judiciais. In: SERBENA, Cesar Antônio (org). **Teoria da derrotabilidade: pressupostos teóricos e aplicações.** Curitiba: Juruá, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo (org). **Teoria dos direitos fundamentais.** 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. (org.). **Legitimação dos direitos humanos.** 2ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

_____. **O direito ao mínimo existencial.** 2ª tiragem. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. O mínimo existencial, os direitos sociais e a reserva do possível. In: AVELÃS NUNES, António José; MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson (coord.). **Diálogos constitucionais: Brasil/Portugal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO. AGA 2002.04.01.046195-1, Quinta Turma, Relator Antonio Albino Ramos de Oliveira, DJ 09/04/2003

_____. REOMS 2005.70.01.005335-9, Quinta Turma, Relator Rômulo Pizzolatti, D.E. 07/01/2008.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. **Curso de direito da seguridade social**. São Paulo: Saraiva, 2007.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: RT, 2004.

TURMA NACIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS. **IUJEF 2005.43.00.903968-3**. Rel. Juíza Federal Maria Divina Vitória, j.13.08.2007.

_____. **PEDILEF 200443009018000**. Juiz Federal Ricarlos Almagro Vitoriano Cunha, DJU 27/09/2006.

_____. **PEDILEF 200643009023178**. Rel. Juiz Federal Leonardo Safi de Melo, julgado em 09.10.2007, DJU 07.11.2007.

_____. **PEDILEF 200770530028472**. Rel. JUIZ FEDERAL MANOEL ROLIM CAMPBELL PENNA, Data da Decisão 13/09/2010, DOU 08/02/2011, SEÇÃO 1.

_____. **Processo .2009.70.51.004967-3**. Rel. Juiz Federal Adel Americo Dias de Oliveira - j. 25/04/2012.

_____. **PU 2006.82.02.502050-0**. Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 11.10.2010

_____. **PU 2008.32.00.703412-3**. Rel. Juíza Federal Jacqueline Michels Bilhalva, j. 10.05.2010, DJ 25.06.2010

_____. **PU 2008.70.50.007283-9**. Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris, j. 12.08.2010.

_____. **PU 2008.70.53.004016-6**. Rel. Juiz Federal José Eduardo do Nascimento, j. 13.09.2010.

_____. **PU 2008.70.54.001122-9**. Rel. Juíza Federal Rosana Noya Alves Weibel Kaufmann j. 12.08.2010.

TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS FEDERAIS DA 4ª REGIÃO. **2007.70.95.014089-0**. Relator Rony Ferreira, D.E. 17/09/2008.

_____. **5009014-33.2013.404.7108**. Relator p/ Acórdão Daniel Machado da Rocha, D.E. 18/11/2013

_____. **IUJEF 0001030-84.2009.404.7056**. Relator p/ Acórdão José Antonio Savaris, D.E. 30/03/2011.

_____. **IUJEF 2007.70.54.000779-9**. Relatora Flávia da Silva Xavier, D.E. 21/01/2009.

_____. **IUJEF 2005.70.95.001701-2**. Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, Relatora Flávia da Silva Xavier, D.E. 10/09/2008.

_____ - Relator Ivori Luís da Silva Scheffer, D.E. 16/03/2009.

_____. **IUJEF 2007.70.95.012699-5**. Relatora Jacqueline Michels Bilhalva, D.E. 17/09/2008.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Constituição e sua reserva de justiça (um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma)**. São Paulo: Malheiros, 1999.

WILSON, Hon. Emmet H. Stare decisis, quo vadis? The orphaned doctrine in the Supreme Court. In: **The Georgetown Law Journal**, vo. 33, n. 3, mar/45, p. 251-277.

YEPES, Rodrigo Uprimny. The enforcement of social rights by the colombian constitutional court: cases and debates. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Aldershot/Burlington: Ashgate, 2006.

ZANETI JUNIOR, Hermes. **Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.